



**TESIS DOCTORAL
AÑO 2015**

«EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO»

**EMILIO LABORDA VALLE
Licenciado en Derecho**

**Director: D. Carlos Lasarte Álvarez
Codirectora: D^a. María Fernanda Moreton Sanz**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

TÍTULO DE LA TESIS

«EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO»

**AUTOR
EMILIO LABORDA VALLE
Licenciado en Derecho**

DIRECCIÓN

**Prof. Dr. D. CARLOS LASARTE ALVAREZ,
Catedrático de Derecho Civil de la UNED**

CODIRECCIÓN

**Prof. Dra. Dña. M^a FERNANDA MORETON SANZ
Profesora Titular Acreditada de Derecho Civil de la Facultad de Derecho**

«Sine strepitu et figura iudicii»

AGRADECIMIENTOS

Desde hace ya largo tiempo, y fruto del ambiente académico en que he desarrollado desde 1985 el ejercicio de la docencia como profesor tutor de la UNED y sucumbiendo, de alguna manera, a la seducción de la enseñanza universitaria, influido de modo singular por el clima y los extraordinarios alumnos con los que tantas horas he compartido en aulas, prácticas judiciales y en la vida cotidiana, albergué la intención y la esperanza de culminar el tercer ciclo universitario realizando el doctorado que siempre quise acometer y del que me sentía huérfano y ayuno, y para el que no había encontrado tiempo ni ánimo suficiente.

Para ello, me puse en contacto con el Departamento de Derecho Civil de nuestra Universidad, que me acoge y da cobijo, iniciando la andadura y con ella el periodo de docencia como alumno del erudito y eminente jurista, Prof. Dr. D. Carlos Lasarte Álvarez, Catedrático de Derecho Civil, Director del Departamento y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, al que nunca dejaré de agradecer, junto a sus enseñanzas, su trato cálido y afable, a quien debo reconocer con perpetuo agradecimiento el trato personal y apoyo recibido en esta especial singladura.

Así se iniciaron los cursos, coordinados por las Dras. Dña. Lourdes Tejedor Muñoz y Dña. Juana Ruiz Jiménez, sin cuya luz no hubiera sido posible la redacción de los estudios y trabajos de esta fase, y en quienes encontré una destacada comprensión y ayuda, en esta aventura iniciada casi cuarenta años después del que fuera su momento teórico.

De este modo emprendí esta singladura adquiriendo nuevos conocimientos, en los cursos sobre *Contratación a Distancia*, elaborando un trabajo sobre la *Tutela Transfronteriza del consumidor, sobre la transposición al derecho interno de las Directivas Comunitarias en materia de contratación a distancia y contratos negociados en materia de contratación a distancia y su análisis jurisprudencial*, dirigido por la Dra. Dña. Rosa Adela Leonseguí Guillot; en el de *Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos*, el estudio abordó la protección suplementaria frente a los riesgos por daños causados por productos defectuosos, analizando los efectos de la Directiva 85/374/CEE en el ordenamiento interno de los Estados miembros, con análisis de la primera doctrina jurisprudencial en España, dirigido por el Dr. D. Máximo Juan Pérez García; en el curso *Acceso a la Justicia y protección del consumidor*, analicé la *Legitimación activa del Ministerio Fiscal en la protección de los intereses colectivos, con análisis de las acciones de cesación, retractación y declarativa en el ámbito procesal civil, añadiendo una especial referencia al orden penal y administrativo*, dirigido por la Dra. Dña. Patricia López Peláez; y en el curso *Turismo, viajes combinados y protección del consumidor*, donde me centré en la *evolución del régimen especial de protección del usuario turístico*, con examen doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad por incumplimiento y las agencias de viajes, dirigido por la Dra. Dña. M^a Fernanda Moretón Sanz, estudio elegido para su defensa oral ante el Tribunal de evaluación del programa de doctorado.

En el año académico posterior, inicié el periodo de investigación, presentando dos trabajos, el primero sobre la *Protección del consumidor a través del arbitraje como institución alternativa al conocimiento jurisdiccional de los litigios desde la perspectiva constitucional e influencia del marco normativo de la Unión Europea en el derecho interno*; y, el segundo, sobre el *arbitraje de consumo español como sistema jurisdiccional extrajudicial de resolución de conflictos entre empresarios y consumidores, con examen doctrinal y jurisprudencial*, dirigidos por las Dras. Dña. Lourdes Tejedor Muñoz y Dña. Juana Ruiz Jiménez. Tras superar el examen del Diploma de Estudios Avanzados, presidido por el Prof. Dr. D. Carlos Lasarte Álvarez, tuve la oportunidad de conocerle personalmente. A su término me hizo el alto honor de ofrecerse para dirigir mi tesis doctoral, de la que habría de ser codirectora la Dra. Dña. M^a Fernanda Moretón Sanz, quien con tanto acierto y paciencia me había dirigido, ayudado y alentando durante este periodo. En ambos he encontrado la colaboración y estímulos suficientes para el ánimo, que lejos de decaer, continuase fortalecido para enfrentar la tarea.

A consecuencia de todo ello, durante el mes de julio de 2012, tuvo lugar el primer curso de verano, organizado por el Centro Asociado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Cantabria, en Reinosa, sobre *Protección de Consumidores y Usuarios*, dirigido por el Profesor Lasarte. El curso contó con la inestimable colaboración del Prof. Dr. D. Juan Carlos Menéndez Mato. De esta actividad académica, cuya coordinación me fue encomendada, guardo un grato recuerdo, y adicionalmente constituyó un notable éxito.

A todos ellos, mi más profundo agradecimiento, pues no me hubiera sido posible cursar el doctorado sin el constante y certero consejo de este magnífico equipo de profesores que tanto me han ayudado e impulsado en el arduo camino de la formación y de la soledad de la mano sobre el libro, para conseguir culminar tan satisfactoria experiencia, bajo la extraordinaria dirección del Profesor Lasarte y la codirección de la Profesora Moretón. Ambos reúnen el mérito de ser juristas completos a quienes quiero mostrar mi mayor y expreso reconocimiento y el respeto que se debe al Maestro, en quienes destaca una profunda exigencia y honestidad intelectual, junto con una enorme altura de miras, compromiso y permanente generosidad, de quienes me considero su más modesto discípulo.

Capítulo de agradecimientos que sería enojoso intentar agotar, pues ha de estar dirigido al ámbito de la comunidad universitaria y la profesional, dadas mis vertientes ocupacionales, pues son muchas las personas a las que llevaré para siempre en la memoria después de este nuevo y seguramente final periodo de estudios, pues uno siempre recordará el magisterio ejercido en su formación con ejemplo, calidad intelectual y paciencia, a los que siempre estaré agradecido y trataré de emular, en mi caso con evidente torpeza. A todos, les doy encarecidamente las gracias por su valiosa colaboración, sin la que esta tesis jamás se hubiese podido culminar, y a quienes no sabré recompensar sus esfuerzos y desvelos.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	Página
AGRADECIMIENTOS	2
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	18

PRIMERA PARTE:

ELEMENTOS PRELIMINARES DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

CAPÍTULO PRIMERO

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	23
II. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE DE CONSUMO	28
1. El artículo 51 de la Constitución Española.....	29
2. Régimen Jurídico.....	31
3. El arbitraje como equivalente jurisdiccional: Sentencias del Tribunal Constitucional núm.15/1989, de 26 de enero y 62/1991, de 22 de marzo.....	36
III. EL MARCO NORMATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA	40
1. La tutela del consumidor en el ámbito procesal comunitario.....	43
2. Principios comunitarios aplicables al sistema arbitral de consumo...45	
IV. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR	50
1. Delimitación según la finalidad de la norma legal.....	51
2. La noción legal de consumidor en el Derecho de la Unión Europea.52	

CAPÍTULO SEGUNDO

I. REFERENCIA AL ARBITRAJE PRIVADO EN EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA.....	60
1. Arbitrabilidad de las controversias.....	61
2. Práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria en la era del Reglamento núm. 17.....	69
3. Perspectiva actual (del Reglamento núm. 17 al Reglamento 1/2003).....	71
4. Aplicación del derecho por los árbitros: facultativa u obligatoria.....	74
5. Algunas cuestiones procedimentales.....	80
6. Control del Laudo arbitral en el <i>exequátur</i>	89
II. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR POR CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	91
1. Nulidad del convenio arbitral.....	91
2. Precedentes en la apreciación de oficio de cláusulas abusivas.....	95
3. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de octubre de 2006, en otros supuestos de arbitraje.....	96
III. LAS ALTERNATIVE DISPUTES RESOLUTION.....	103
1. Introducción.....	103
2. Las fórmulas alternativas a la resolución de disputas.....	104
3. El arbitraje de consumo.....	117
IV. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONSUMO.....	123
1. Competencias Comunitarias.....	124
2. Competencias estatales.....	126
3. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.....	134
4. Competencias de las Comunidades Autónomas.....	137

SEGUNDA PARTE:
LA SUCESIVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL SISTEMA
ARBITRAL DE CONSUMO ESPAÑOL

CAPÍTULO PRIMERO

I. PRIMERAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA ARBITRAL ESPAÑOL.....	146
1. Nacimiento del Arbitraje de Consumo en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, y la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.	156
2. El objeto.....	158
3. Las Juntas arbitrales.	159
4. El Convenio arbitral y procedimiento arbitral.....	160
5. El Laudo arbitral.....	162
II. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE CONSUMO: ASPECTOS PROCESALES. EL R.D. 636/1993, DE 3 DE MAYO.....	163
1. Cuestiones previas al comienzo del procedimiento arbitral de consumo.....	165
2. El procedimiento para el enjuiciamiento por el Colegio Arbitral.....	170
3. La terminación del procedimiento.....	180
III. LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.....	181
1. La reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje.....	181
2. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.....	183
3. La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.....	191
4. La Intervención judicial en el arbitraje.....	196
5. Incidencia del nuevo marco legal en el Arbitraje de Consumo.....	209
a) La equidad.....	209
b) Materias excluidas.....	210

c) Gratuidad.....	212
d) Tramitación del procedimiento y laudo.....	212

CAPÍTULO SEGUNDO

I. EL REAL DECRETO 231/2008, DE 15 DE FEBRERO, REGULADOR DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.....

219

1. Consideraciones generales.....	219
2. Objeto y ámbito de aplicación del arbitraje de consumo.....	228
3. La protección de los intereses colectivos de los consumidores: acciones de cesación, retractación y declarativa.....	236
4. Organización del sistema arbitral de consumo.....	268
5. El Convenio arbitral.....	273
6. Las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo..	275
7. Los árbitros.....	280
8. El procedimiento arbitral.....	282
9. El Laudo.....	288
10. La mediación.....	290

II. LOS ARBITRAJES ESPECIALES.....

293

1. El colectivo.....	293
2. El Electrónico.....	295
a) El conflicto de consumo como disputa especial y la necesidad de solventarlo.....	297
b) Los medios para solventar el conflicto de consumo.....	298
c) La jurisdicción como fuente de garantías del arbitraje de consumo.....	299
d) La Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.....	313
e) El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo.....	317

III. DESARROLLO NORMATIVO DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA.....332

IV. LA FUNCIÓN DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN, COMO ORGANISMOS INTERMEDIOS REPRESENTANTES DE LA EMPRESA.....337

TERCERA PARTE:

OTROS ARBITRAJES SECTORIALES

CAPÍTULO PRIMERO

I. EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.....347

- 1. El arbitraje arrendaticio.....348
- 2. La sumisión al arbitraje de consumo.....354

II. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS.....358

- 1. El convenio arbitral de transporte.....359
- 2. Destinatario.....363
- 3. Sumisión a arbitraje con pluralidad de portadores..... 364
- 4. Cesión de derechos en el convenio arbitral.....366
- 5. Régimen de las Juntas Arbitrales del transporte.....369
- 6. Similitudes con el arbitraje de consumo.....375

CAPÍTULO SEGUNDO

I. EL ARBITRAJE EN EL SEGURO DE VEHÍCULOS A MOTOR.....385

- 1. El marco legal del seguro.....385
- 2. El arbitraje comercial privado.....388
- 3. La idónea adecuación del seguro y del arbitraje.....389
- 4. La Ley de Contrato de Seguro y la aplicación del arbitraje por vía de pacto.....390

II. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE SANIDAD.....	392
1. Arbitraje en los conflictos sanitarios.....	394
2. Arbitraje de la responsabilidad civil médica.....	395
3. La responsabilidad civil y el arbitraje de consumo.....	397
4. La futura regulación del arbitraje sanitario.....	389
III. EL PROCESO ARBITRAL DE CONSTRUCCIÓN: LOS <i>DISPUTE</i>	
<i>BOARDS</i>.....	404

CUARTA PARTE:

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA HETEROCOMPOSICIÓN Y LA AUTOCOMPOSICIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

I. LA MEDIACIÓN EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: SIMILITUDES CON EL ARBITRAJE DE CONSUMO.....	408
1. La mediación como solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.....	409
2. Antecedentes normativos de los procedimientos alternativos y extrajudiciales de resolución de conflictos civiles y mercantiles.....	411
3. La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.....	420
4. El concepto de mediador.....	421
5. El mediador en Derecho Comparado.....	429
6. El mediador en la regulación autonómica española.....	434
7. La mediación en asuntos civiles y mercantiles en el Derecho de la Unión Europea.....	461
8. El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	466

II. LA MEDIACIÓN SEGÚN SU ORIGEN.....	473
1. Principios que rigen a los mediadores.....	483
2. La profesión de mediador.....	494
3. Derechos y deberes del mediador.	505

CAPÍTULO SEGUNDO

I. EL CONCEPTO DE MEDIACIÓN PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA	
1. El arbitraje de consumo y la mediación penal.....	514
2. Los antecedentes de la Justicia restaurativa.....	518
3. La normativa de la Unión Europea.....	521
4. La mediación en el proceso penal español.....	525
a) Los Principios de legalidad, oficialidad y oportunidad.....	527
b) El Derecho Penal de Menores.....	529
c) El Derecho Penal de Adultos.....	530
II. ÁMBITO.....	533
1. En el inicio del procedimiento.....	535
2. En la fase de instrucción y juicio oral.....	536
a) La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.....	538
b) La sustitución de las penas privativas de libertad.....	538
3. En la fase de ejecución.....	539
a) La libertad condicional.....	540
b) La progresión de grado.....	541
c) El indulto.....	541
d) La cancelación de antecedentes penales.....	541

III. PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN.....	542
1. Mediación penal en la fase de instrucción.....	543
2. Mediación penal en la fase de enjuiciamiento.....	549
3. Mediación penal en la fase de ejecución de la sentencia penal.....	553
4. Mediación en Centro penitenciario entre víctima y penado.....	557
IV. LA MEDIACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	560
1. La Exposición de Motivos.....	561
2. El Capítulo IV sobre el Estatuto Procesal de la víctima.....	563
3. El Título VI sobre la Mediación Penal.....	564

CONCLUSIONES

I. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SISTEMA ARBITRAL.....	566
II. EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR .	567
1) La Ley de Arbitraje.....	568
2) La regulación del sistema arbitral de consumo.....	569
3) La tutela del consumidor en el ámbito comunitario.....	571
III. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.....	573
1) La primera regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo.....	574
2) El procedimiento del sistema arbitral de consumo.....	575
3) Los Procedimientos judiciales de Apoyo y Control al arbitraje de consumo.....	578
4) El agotamiento del Real Decreto 636/1993.....	582
5) Las propuestas para el nuevo régimen jurídico.....	585
6) El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.....	593

IV. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO.....	599
1) Los principios de la Unión Europea.....	600
2) La regulación interna.....	603
3) El arbitraje de consumo y la mediación penal.....	606

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA.....	612
RELACIÓN CRONOLÓGICA DE NORMAS.....	621
ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.....	629

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
ABA	<i>American Bar Association</i>
AC	Aranzadi Civil
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AEADE	Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad
AIC	Acuerdo interprofesional de Cantabria
AP	Audiencia Provincial
APMF	Asociación para la Promoción de la mediación Familiar
ASEC	Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CBR	<i>Centraal Bureau voor de Rijwielhandel</i>
CC	Código Civil, de 24 de julio, de 1889
CCAA	Comunidades Autónomas
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCom	Código de Comercio, de 22 de agosto, de 1885
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CLOUT	<i>Case Law On UNCITRAL Texts</i>
CNUMDI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
D	<i>Digesta Iustiniani</i>
DB	<i>Dispute Borrada</i>
DGT	Dirección General Tributaria
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
FIDIC	Federación Internacional de Consejos de Ingenieros
GEMME	Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación
JA	Juntas Arbitrales
IMRC	Institute for Mediation and Conflict Resolution
INC	Instituto Nacional de Consumo
LAr	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LAECSP	Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos
LAP	Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCIA	Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional

LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LMACM	Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, modificada por LO 6/2003, de 30 de junio
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPDP	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPS	Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias
LRJPA	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal
LOTT	Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LVC	Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
OMIC	Oficina Municipal del Consumidor
OPASAC	Oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo
ORECLA	Organismo de Resolución de Conflictos Laborales
RAL	Resolución Alternativa de Litigios
RAP	Revista de Administración Pública
RDAC	Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo
RDOTT	Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, de Ordenación de los Transportes Terrestres
RDP	Revista de Derecho Privado
RDSAC	Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, del Sistema de Arbitraje de Consumo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RLL	Resolución de Litigios en Línea
TRLCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
S	Sentencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial

SAT	Sentencia Audiencia Territorial
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia
SMI	Servicio de Mediación Intrajudicial
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
SITAR	Sistema de Información sobre Tramitación Arbitral
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UMA	<i>Uniform Mediation Act</i>
UMAC	Unidad de Mediación Arbitraje y Conciliación
UNCITRAL	<i>Commission that formulates and regulates internationale trade in cooperation with the word</i>

INTRODUCCIÓN

EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE COMO SISTEMA JURISDICCIONAL EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE EMPRESARIOS Y CONSUMIDORES: EL ARBITRAJE DE CONSUMO. EXAMEN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

La creciente preocupación por el bienestar de los ciudadanos, junto con el protagonismo y la fuerza que han adquirido las organizaciones de consumidores en los países industrializados, ha hecho que la protección de los consumidores y usuarios, sea una de las materias que más ha evolucionado desde el punto de vista jurídico en tiempos recientes, surgiendo el Consumo como una nueva rama del derecho desgajada del derecho civil, mercantil o procesal que a todos nos afecta.

El desarrollo legislativo iniciado en las dos últimas décadas, presenta un elemento notorio, referido a la proliferación de normas concebidas para configurar como disciplina especial, materias que se hallaban reguladas por el Código Civil. Esta tendencia, se ha incrementado por la influencia de la Unión Europea sobre cuestiones contractuales y actividad empresarial que, sobre tutela de los consumidores está conformada por un cuerpo jurídico multidisciplinar, por cuanto que, de una parte, la normativa conjuga tanto la comunitaria y la nacional y, de otra, los regímenes o ámbitos de la mencionada tutela se hallan orientados a diferentes facetas, sectores o actividades convergentes en la figura del consumidor. La transformación del Derecho nacional obedece, en la práctica totalidad de los supuestos, a la necesidad de transponer e incorporar a la normativa interna las iniciativas de la Unión Europea.

El presente trabajo de investigación, se vale del estudio de la obra de extraordinarios juristas (*primus omnium*), que por su ingenio y profundidad inspirada en la justicia y equidad, lucen en la doctrina, dado que el Derecho no puede ser originalidad y elegancia sino, más bien, justicia y oportunidad.

En él, hemos procurado recoger las materias que afectan al arbitraje como sistema jurisdiccional extrajudicial de resolución de conflictos entre empresarios y consumidores, a través de su evolución en el tiempo. En contra de lo que pudiera ser creencia de espíritus alejados, su contenido se renueva constantemente gracias a la floración de regulaciones nacidas de las más modernas interpretaciones jurisprudenciales. Por ello abordamos también los arbitrajes especiales y la mediación, que ni estorban ni sobran, por tratarse de materias conexas, incluyendo saberes adquiridos para su aplicación y abreviando el claro tránsito de las normas a la realidad. En todo caso, ofrece el estudio un interés práctico, por cuanto integra las controversias surgidas de las normas, intentando darlas solución, con el deseo de facilitar su aplicación, para contribuir al perfeccionamiento de la materia estudiada, en permanente innovación legislativa y jurisprudencial, como decimos y que, en buena lógica, requiere de su recta interpretación y aplicación desde el mayor conocimiento.

La Constitución Española, en su artículo 51, contempla el desarrollo de un marco legal general de protección de los consumidores, dirigido al establecimiento de procedimientos eficaces que garanticen su defensa, mandato recogido por el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que se efectuó con la promulgación de la Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988 (derogatoria de la antigua Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953), que reguló un único procedimiento arbitral, tanto de derecho como de equidad, como sistema de carácter voluntario que resuelva las controversias entre comerciantes y consumidores con carácter vinculante y ejecutivo, con idénticos efectos que una sentencia. Más tarde, el RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se reguló el sistema arbitral de consumo y, posteriormente, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, seguida del RD 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo, y el RD 863/2009, de 14 de mayo, que regula el arbitraje de consumo electrónico.

A su vez, el Tribunal Constitucional, en sentencias 15/1989, de 26 de enero, y 62/1991, de 22 de marzo, ha equiparado como equivalente jurisdiccional que constituye una vía alternativa reconocida de sometimiento voluntario de una cuestión determinada sin que ello perjudique el derecho a la tutela judicial efectiva, estableciendo un principio de protección preferente del consumidor, de aplicación a aquellas relaciones jurídicas que tuvieran por objeto productos o servicios que la Ley califica de uso o consumo común, ordinario y generalizado, recogidos en el RD 287/1991, de 8 de marzo, actualizados posteriormente en el RD 1507/2000, de 1 de septiembre. A continuación, estudiamos la tutela de consumidor en el marco normativo de la Unión Europea, y los principios arbitrales de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación, que constituyen las garantías mínimas, que aseguran a los consumidores y empresarios que sus conflictos serán tratados con rigor, imparcialidad e independencia, reduciendo el coste, la duración y la complejidad en la solución de los mismos, con referencia a la práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria, la aplicación del derecho por los árbitros, el control del laudo arbitral, así como la protección del consumidor por cláusulas abusivas, los precedentes en la apreciación de oficio de cláusulas abusivas y la STJCE, de 26 de octubre de 2006, en supuestos de arbitraje, examinando las competencias de la Unión Europea, las Estatales y las de las Comunidades Autónomas en materia de consumo, así como el nacimiento del sistema arbitral español.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, derogó la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje, dada la necesidad de incorporar el arbitraje internacional. Exigencia de la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, (Ley Modelo) recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre, de 1985, adaptando la normativa ya existente a las exigencias del comercio internacional y los cauces ofrecidos por el arbitraje, analizando su incidencia en el sistema arbitral de consumo, que habrán de ser de equidad, salvo opción en contra de las partes, las materias excluidas, o la

gratuidad del procedimiento heterocompositivo y antiformalista, con carácter unificador y supletorio del arbitraje común respecto a los arbitrajes especiales, que supone el reconocimiento de un arbitraje internacional en la práctica del comercio, incorporado en la Convención Europea de Arbitraje de 1961.

Igualmente, analizamos los arbitrajes especiales contenidos en el RD 231/2008, de 15 de febrero, que dedica unos preceptos específicos al arbitraje de consumo electrónico (arts. 51 a 55), afectado por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y al arbitraje de consumo colectivo (arts. 56 a 62). Esta última modalidad ofrece un gran interés, pues no estaba regulada en el derogado RD 636/1993, sin olvido de los arbitrajes sectoriales revisados desde la perspectiva del de consumo, como son el de arrendamientos urbanos, el de transportes terrestres de mercancías, el de seguro de vehículo a motor, el más moderno en materia de sanidad, o el de construcción.

Y en esta constante evolución en la creciente demanda de soluciones alternativas a la típicamente jurisdiccional en la resolución de los conflictos, unido a otro de los grandes elementos de cambio y evolución de la solución de controversias como es el progresivo influjo directo que la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea y con ello, la correspondiente asimilación de su acervo.

No se puede olvidar la mediación, de la que se hace un análisis comparativo con el arbitraje como sistemas de heterocomposición y autocomposición, como fórmula que facilita las reclamaciones en vía extrajudicial, más ventajosa para los intereses de los consumidores; se encuentra en clara expansión como método de resolución de conflictos, siguiendo las Recomendaciones 98/257/CE, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, y 2001/3/CE, de 4 de abril, que reconocen ambos mecanismos -arbitraje y mediación- como idóneos, para finalizar con la novedad, que ya se empieza a vislumbrar, denominada justicia restaurativa, que pronto se verá materializada.

**PRIMERA PARTE: ELEMENTOS PRELIMINARES DEL
ARBITRAJE DE CONSUMO**

CAPÍTULO PRIMERO

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La Institución del arbitraje, no es reciente, sino por el contrario, de una gran tradición y antigüedad, que encontramos tanto en el Derecho Romano, como en nuestro Derecho histórico, constituyendo una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de los grupos sociales.

En particular, el derecho punitivo de la comunidades germánicas no se basaba en normas escritas sino en la costumbre y tradiciones, donde las partes tenían un destacado protagonismo en la gestión de los conflictos, y en el campo penal el agresor o sus familiares podían restablecer la paz pagando una indemnización a la víctima o a su *Sippe* (familia) para evitar la venganza. El *Wegel* era el precio del hombre en caso de muerte (en la época feudal se denominaron *caloñas*), en que una persona de reconocido prestigio o autoridad moral, actuaba como conciliador, intentando facilitar un acuerdo entre las partes en conflicto.

El sistema de la venganza privada como forma única de justicia, existió en Roma en la época primitiva del derecho Quiritario, en que los delitos se sometían a la venganza privada, realizada por los miembros de la *gens* o grupo familiar al que pertenecía la víctima o perjudicado, llegando a desaparecer lentamente. De la venganza privada se pasó a la ley del Talió que autorizaba castigar al culpable con la misma ofensa causada, y de ésta, a la composición voluntaria en que el ofendido renuncia a la venganza mediante el pago de una cantidad convenida. El código decenviral o Ley de las XII Tablas 8.2 conserva normas significativas de la venganza privada (*obvolutio*) y de la composición voluntaria cuando dispone «*si no se pactase (ni cum ea pacit) que se aplique el talion*»¹, evolucionando lentamente hasta culminar en un régimen de justicia reconocida y administrada por los magistrados².

El Digesto (Título VIII del Libro IV) regulaba, históricamente, los aspectos civiles del arbitraje, encomendando a terceros elegidos entre personas relevantes de la comunidad la solución de los conflictos planteados. Cicerón señala las ventajas de acudir al arbitraje para escapar a la «dura Ley» y resolver la cuestión.

¹ GARCÍA GARRIDO, M. J. *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. Dykinson S.A, Madrid, 1982, pág. 63; *Instituciones y casos de Derecho Romano*, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2011, pág. 81.

² PLAUTO, 13 *Plaut.* D. 50.17.176 «no debe permitirse a los particulares lo que puede hacer oficialmente el magistrado, para no dar ocasión a mayores perturbaciones». Este texto lo insertaron los compiladores del Digesto en el título de *regulis iuris* con valor de principio general.

Su construcción se encuentra en los procedimientos de la *legis actiones* y en el proceso *formulario*, en el que las partes determinan el objeto el objeto del litigio y la persona del juez (*arbiter*).

El Magistrado (Pretor) nombra al elegido por las partes, o en desacuerdo suyo, cualquiera de una lista confeccionada al efecto. Con esto se produce la *litis contestatio* que culmina el procedimiento *in iure* y la posterior etapa *apud iudicem*.

Existe un *cum-promisso facto*, por el cual las partes acuerdan encomendar la resolución del litigio, no al fallo de la autoridad pública competente, sino a la decisión de una tercera persona (*arbiter*), afectando el compromiso a cualquier materia a menos que afecte al orden público o al estado de las personas, siendo la decisión arbitral irrevocable (Justiniano). Así, dice Aristóteles «Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro antes que a un Juez, ya que el primero no atiende sino a la justicia, mientras que el juez mira solamente a la ley, y el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la primera».

El esquema fundamental del proceso civil romano de la época clásica lo constituye su división en dos tiempos esencialmente distintos: el procedimiento *in iure* y el procedimiento *in iudicio* o *apud iudicem*. El régimen procesal de este período conserva claros vestigios de sus orígenes arbitrales.

En los tiempos primitivos, impera la justicia privada: cada cual defiende y ejecuta como puede sus derechos valiéndose de la fuerza. No se arroga todavía el Estado la exclusiva función de juzgar, ni se erige en poder soberano para discernir lo lícito y lo ilícito. Si las partes desean someter la contienda a términos de Derecho, es menester que libremente y mediante un contrato, se encomienden a la decisión de un juez arbitral por ellas elegido. Tal es el punto de que arranca el estado para organizar su régimen de protección judicial.

La autoridad pública se limita a asistir a las partes litigantes, obligándolas a acatar el laudo del juez arbitral confirmado por ella.

De aquí los dos tiempos o momentos en que se desdobra el proceso: primero – *in iure*– tiene por finalidad instituir el tribunal de arbitraje; el segundo –*in iudicio*– se consagra a tramitar y sustanciar el proceso ante el juez nombrado.

El primero termina con la *litis contestatio*, que no es más que un contrato arbitral refrendado por la autoridad pública y en virtud del cual las partes acuerdan someterse al árbitro instituido³.

Todavía Justiniano se mantiene fiel a la idea primitiva de la *litis contestatio*, interpretando como ficción de un contrato arbitral las alegaciones respectivas de las partes con que se abre el proceso.

³ Esta interpretación constituye uno de los resultados más valiosos de las investigaciones de WLASSAK. V. *Zeitschr. d. Sav-Stift.*; t. 25. pág. 139 n.1. LENEL, *ibid.*; t. 24, pág. 342. SOHM R. (hijo) en su obra *Die Litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart* 1914.

Esta ficción desaparece en el Derecho Romano medieval y en el moderno. Solo se conserva una *litis contestatio* «fosilizada». Sus efectos tal como los regulaban las Fuentes –por ejemplo, la interrupción de la prescripción en curso– se adscriben ahora a un determinado momento procesal, al que se atribuye, por propia virtud, la función de «formalizar el litigio» hasta que, a la postre, la *litis contestatio* desaparece totalmente en el proceso moderno⁴.

La Ley de las XII Tablas contiene la primera referencia, pues entre los preceptos que reflejan tanto la venganza privada y la composición como las huellas del primitivo ceremonial del duelo en los ritos de las *legis actio sacramento in rem*, con división del proceso del *ordo iudiciorum privatorum* en las dos fases, representa el equilibrio entre la justicia pública, personificada por el Pretor, y la justicia privada, administrada por un Juez o árbitro designado por las partes.

La acción de Ley por petición de juez o árbitro (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*), aparece mencionada en las XII Tablas para reclamar deudas nacidas de una *sponsio* o estipulación, y para pedir la división de la herencia (mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*). La Ley Licinia del 210 a.C. la admitió para el ejercicio de la acción de división de cosa común (*actio communi dividundo*).

El rasgo esencial del procedimiento a través de la acción de la Ley por petición de juez o árbitro, es la desaparición del *sacramentum*, así como la necesaria indicación de la causa en la que el demandante basaba su reclamación. Esta posibilidad del nombramiento de un árbitro, demuestra la existencia del arbitraje⁵, desde la época de las acciones de la Ley (*legis actiones*).

La *Legis actio per iudicis arbitrive postulatio*, es la primera acción declarativa conocida de la ley en solicitud de un juez o arbitro, aplicada en los casos previstos por la ley, cual es el de un crédito nacido de estipulación, o en las hipótesis de las acciones divisorias.

Su procedimiento era sencillo: comparecidas ambas partes ante el magistrado afirmaba su crédito el demandante «ex sponsione te mihi decem milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an neges», y no reconocido el crédito por el deudor, el actor solicitaba del magistrado la designación de un juez o árbitro: “Quando tu negas, te praetor iudicem [sive arbitrium] postulo uti

⁴ SHOM R. «Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema», *Revista de Derecho Privado*. Serie C.- Vol. I, 17ª edición, pág. 594, corregida por L. MITTEIS y sacada a la luz por L. WENGER, traducida del alemán por W. ROCES, 1928.

⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. y GARCÍA GARRIDO, M.J. *Fundamentos Clásicos de la Democracia y la Administración*, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2010, pág. 280.

des”⁶. Si hubiese diferencia entre las partes se instaba la intervención de un juez, y caso de que se ejercitaba una acción divisoria, un árbitro⁷.

La *legis actio*, era una forma procesal privativa del *ius civile* a la que solo podían acogerse los ciudadanos romanos cuando litigaban entre sí. En los procesos donde interviniese algún peregrino, cesaba la aplicación del «Derecho civil» y de sus instituciones procesales, del que los extranjeros no podían participar.

Para ellos no regían las *legis actiones*. La práctica, sin embargo, introdujo una forma especial de proceso, -el Procedimiento Formulario- donde los peregrinos gozaban de capacidad para comparecer.

A medida que la ciudad de Roma fue convirtiéndose en el centro mercantil y cultural del mundo mediterráneo, los negocios con los extranjeros se multiplicaron, surgiendo litigios entre ciudadanos romanos y extranjeros.

En el año 242 a. C. fue necesario crear un nuevo pretor -*praetor peregrinus*- para encomendarle la jurisdicción en estos procesos, cuya tramitación debía ajustarse a las normas del *ius honorarium*. Su carácter «honorario», los subordina al libre imperio del magistrado jurisdicente y los distingue de la forma de los procesos civiles, regidos por el Derecho tradicional. Por lo demás, era natural que la nueva forma de procedimiento siguiese las huellas del régimen antiguo.

La jurisdicción internacional del Pretor peregrino tendría un carácter arbitral ya que al ser distintos los ordenamientos jurídicos de los litigantes, el proceso adoptaría los cauces del arbitraje. A este respecto es interesante observar cómo las jurisdicciones internacionales son siempre arbitrales, ya desde la época ordiginaria.

Estos procesos de extranjeros no suele fallarlos tampoco por sí el mismo pretor -desde el año 242 es el *praetor peregrinus*-, aunque le autoricen para ello sus plenos poderes, no coartados aquí por norma alguna. Al igual que en los procesos civiles, instituye, generalmente, un tribunal arbitral, compuesto de ordinario por varios jurados -*recuperatores*-.

Al intervenir en ellos, como en los civiles, un tribunal arbitral compuesto por particulares, al cual se encomendaba el fallo, lógicamente había de existir también una formulación precisa del litigio, fundamento de la decisión, conforme al contrato procesal. La autoridad intervenía con carácter auxiliar de los litigantes, siendo su misión autorizar la actuación del tribunal de arbitraje, refrendar el nombramiento de los *recuperatores* designados por las partes y conferirles el poder necesario para dictar sentencia con fuerza *pública*.

⁶ GAI *Institutionum commentarii quattor*, 4, 17 a. ed. Seckel y Kübler. GAI, 4, 42. Digesta Iustiniani, 4, 7, 12. ed. Krüger.

⁷ GUTIÉRREZ ALVIZ, F. *Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, Barcelona, 1948, pág. 319.

El pretor, fija por escrito los términos de la cuestión, ordenando al tribunal, en virtud de su *imperium*, que, en vista de las circunstancias, condenase o absolviese. Estas instrucciones, redactadas por escrito reciben el nombre de «*formulas*». La fórmula ha de ser aceptada debidamente por ambas partes. Tan pronto como la fórmula –que el demandante pone en manos del demandado- se entrega y acepta, al amparo de la autoridad, *el contrato* por el cual las partes someten la decisión del proceso al fallo del tribunal instituido.

Nace así el *procedimiento formulario* cuyos precedentes se encuentran en la jurisdicción arbitral, especialmente la peregrina, y como consecuencia de la mayor sencillez del nuevo proceso, se produce una recepción de estas formulas arbitrales en la jurisdicción del Pretor urbano, que se sirve de ella a partir de la Ley Ebuca, como *arbitria honoraria*⁸.

Con esto, al igual que en los procesos civiles, queda incoado el *iudicium*, poniéndose en marcha el proceso arbitral, confirmado por la autoridad y análogo a los antiguos procesos civiles, sin que medie una verdadera *actio* civil ni fundamento alguno reconocido por ley, aunque basado, como los otros, en un contrato arbitral celebrado por los litigantes en combinación con el *imperium* del magistrado.

En la Edad Media, la naciente burguesía comercial busca la solución de sus conflictos en sus gremios y Corporaciones por la seguridad y rapidez que encuentra en la resolución de sus discrepancias frente a la lentitud de la justicia regia. En el Fuero Juzgo, elaborado en Castilla por Fernando III en 1241 y que es una traducción del *Liber Iudiciorum* del año 654, aparece una regulación vertebrada del arbitraje, desempeñando la función los «Alcaldes componedores», teniendo las decisiones arbitrales fuerza ejecutiva de cosa juzgada. El Fuero Real mantiene esta tendencia y además pretende dar al arbitraje el carácter de procedimiento general, al regularse de oficio por los Alcaldes.

En las Partidas, se consolida la función del arbitraje distinguiendo entre «avenidores» que resolvían en Derecho, y «arbitradores», que decidían como simples amigables componedores en equidad.

De ello, y de los gremios de comerciantes, nace el 5 de agosto de 1559, en Marsella, las Cámaras de Comercio, dotadas de competencias arbitrales en materias mercantiles. En España serán constituidas por Real Decreto de 9 de abril de 1886, creando posteriormente las Cortes Arbitrales, conocidas en Francia como *Tribunales du Commerce*. En la actualidad son destacables el de la Cámara de Comercio Internacional en París, la *Cour d'Arbitrage Européenne en Versailles*, la Interamericana, la de Naciones Unidas, la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, o las constituidas en cada una de las Cámaras de Comercio españolas.

⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. y GARCÍA GARRIDO, M.J. ob.cit. pág. 283.

El arbitraje español, alcanza su punto más álgido con su reconocimiento constitucional en 1812 en los artículos 282 a 284 de la Constitución de Cádiz. Ya una ley de 3 de junio de 1821 prevenía a los Alcaldes que debían presidir los juicios de conciliación como trámite obligatorio indispensable antes del comienzo del pleito. El Código de Comercio de 1829 y su Ley procesal de 1830 aluden al mismo como «arbitraje forzoso». Más tarde, en 1855, pasa a la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 770 a 836 sobre el juicio de amigables componedores, pasando a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y Código Civil de 1889. Tras ello, en 1953, nace la Ley de Arbitraje con la pretensión de asumir una función correctora de la propia acción judicial, alejándose del conflicto institucionalizado, presidida por la relajación de ciertas formas procesales, más cercano al justiciable, potenciándolo como sistema más flexible, reduciendo el garantismo legislativo, que se pretende sustituir por un intervencionismo garantista, con la intención de que desempeñe un papel importante como alternativa a la resolución judicial, prevaleciendo la cultura del compromiso, que ha llevado a la implantación de arbitrajes especiales alternativos y complementarios de la tutela jurisdiccional, permitiendo descargar a la Administración de Justicia de algunas funciones.

II. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Las relaciones de consumo, como es de sobra conocido, enfrentan entre sí a empresarios o comerciantes, suministradores de bienes o servicios, con usuarios y consumidores, destinatarios finales, según establecería en su momento, la Ley general para su defensa, de dichos bienes y servicios.

Las características esenciales de los conflictos de consumo, son dos: la habitual escasa cuantía de las reclamaciones y el desequilibrio económico entre los litigantes. En atención a ello, nacería en 1986, la «experiencia piloto» de las Juntas Arbitrales de Consumo. Fueron así denominadas porque, en sentido estricto eran un auténtico ensayo. Las Juntas, patrocinadas por las Administraciones públicas territoriales, fueron los órganos sobre los que se vertebró el Sistema Arbitral de Consumo, compuestas por representantes de los empresarios, de los consumidores y de la propia Administración de la que dependen. Su competencia, pudo ser nacional, autonómica o municipal, aunque se favoreció, por motivos de índole presupuestaria, su implantación provincial e incluso comarcal.

No fueron ni son, órganos jurisdiccionales -aunque ejercen cierta forma de jurisdicción- no solo por estar desgajados de la estructura del Poder Judicial, sino también por la prohibición legal que pesa sobre jueces y magistrados de participar en ellos (art. 12 de la Ley de Arbitraje).

Tampoco son órganos administrativos en el sentido más puro de la expresión, ya que sus miembros, salvo el representante de la Administración pública, no son funcionarios, sino meros particulares designados por determinadas entidades privadas. La composición de las Juntas Arbitrales de Consumo nacería con un carácter tripartito al estar constituida por un representante de la Administración, un representante de los empresarios y un representante de

los consumidores, si bien esta estructura ha sido variada recientemente, como tendremos ocasión de constatar en su momento.

Los representantes de los empresarios y de los consumidores son nombrados por las asociaciones de unos y otros adheridos al Sistema Arbitral. No por este motivo ejercen la función de representantes de las partes, que en el arbitraje de consumo pueden actuar por sí mismas sin tener que valerse de Abogado ni Procurador, sino la de verdaderos “jueces” del litigio, esto es, la de árbitros, por lo cual puede afirmarse que su representación no es procesal, sino institucional, destinada a la constitución de los órganos arbitrales. Surgido el conflicto, el consumidor puede dirigirse directamente a la Junta para formalizar el convenio arbitral, con que da comienzo la administración del arbitraje, o bien por medio de una asociación de consumidores, después de haber intentado infructuosamente una solución amistosa para las partes en litigio.

La Conferencia Sectorial de Consumo celebrada en 1992, con la intención de acercar el sistema al ciudadano, estableció la necesidad de impulsar la constitución de Juntas Arbitrales de carácter local en aquellos casos en que se pretendiera dar cobertura a poblaciones superiores a los cien mil habitantes o que fueran capitales de provincia, siempre que dispusieran de una Oficina Municipal del Consumidor (OMIC) con antigüedad superior a los dos años, que existiera petición expresa por parte de la Administración, y que tuvieran alguna implantación las asociaciones de consumidores y los sectores empresariales organizados.

Por otro lado el Plan Estratégico de Protección al Consumidor para el período 1994-1997 en el marco de la Unión Europea, insistió en la necesidad de llegar a un pleno desarrollo del sistema arbitral con la finalidad de que permitiera dar cobertura a las necesidades de acceso a la justicia cuando se produjesen en todo el territorio de los distintos Estados nacionales, insistiendo (77ª Reunión de la Comisión de Cooperación de Consumo celebrada en 1996) en la necesidad de establecer unos requisitos de referencia que disciplinen la creación de nuevas Juntas y también el mantenimiento de las existentes.

1. El artículo 51 de la Constitución Española

El Sistema Arbitral de Consumo está enmarcado, al menos desde la promulgación de la Constitución Española de 1978, dentro de lo que en nuestro ordenamiento jurídico se denomina «defensa del consumidor o usuario». Este principio de protección de los consumidores, está proclamado -entre los que por el Capítulo III del Título I se definen como «sectores de la política social y económica»- en el art. 51 del referido Texto Fundamental, el cual, de conformidad con el art. 53 de nuestra Carta Magna, «deberá inspirar la legislación positiva la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

El art. 51 de la Constitución establece, claramente, un mandato dirigido a los poderes públicos de garantizar la defensa de los legítimos intereses de los

consumidores y usuarios «mediante procedimientos eficaces». De este precepto es lógico deducir, que el mandato que el Constituyente impone al legislador ordinario, más que al desarrollo de un marco legal general de protección de los consumidores, el establecimiento de procedimientos eficaces que garanticen la defensa del consumidor. Las únicas referencias que al desarrollo legal se contienen en el art. 51 de la Constitución se refieren a materias concretas.

En el párrafo segundo, mencionada está la «formación y educación» de los consumidores y usuarios, que deberá ser promovida por los poderes públicos «en los términos que la ley establezca», y, en el párrafo tercero de la «regulación del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales», las cuales, sin duda, pueden englobarse en el régimen jurídico de protección de los consumidores, pero de ninguna manera completan su régimen legal general.

Sin embargo, pese a no ser éste el mandato directo del Constituyente -sin contar otras posibles interpretaciones-, el legislador español aprobó, como unas de las primeras medidas, en aplicación del art. 51 de la Constitución, una Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 26/1984 de 19 de julio⁹.

Lo cierto es que, en ningún caso, lo ordenaba la Constitución, pues en sitio alguno declara que la protección del consumidor debiese serlo mediante ley general, sino que dicho principio deberá inspirar la totalidad del ordenamiento (art. 53), allá donde exista un interés legítimo del consumidor merecedor de tutela.

La práctica forense ha demostrado que una ley general no basta para proteger los derechos de los consumidores y que, para que dicha defensa sea efectiva, es necesario que dicho principio y sus manifestaciones, se contengan en cualesquiera leyes sectoriales donde aparezca algún interés del consumidor o usuario digno de protección.

Contrariamente, y pese a ser el único mandato directo que la Constitución establece para los poderes públicos, la Ley General para la Defensa de los

⁹ La normativa ha sido analizada en orden cronológico. En particular, las sucesivas reformas de las que ha sido objeto, recomendaron la refundición correspondiente, practicada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley, que trata de codificar la protección de los Consumidores y Usuarios en un único texto, considerando el anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, que identifica las disposiciones comunitarias en materia de protección de los consumidores, incorporando la propia Ley 26/1984, de 19 de julio; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista, para la transposición de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos; y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados; Texto Refundido que ha sido modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo «BOE» núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

Consumidores y Usuarios tan solo dedicó un artículo a regular un remedio de procedimiento de defensa de los consumidores.

Dicho artículo es el 31, por el cual se facultaba al Gobierno para establecer «un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios».

2. Régimen Jurídico

Acaso por no haberse seguido el orden marcado por el Constituyente, dejando que el principio de protección de los consumidores inspire la totalidad de la legislación positiva y elaborando una ley destinada exclusivamente a regular los «procedimientos eficaces»¹⁰ del art. 51, y al haber optado el legislador por una interpretación de dicho artículo proclive a la creación de un marco legal de protección de los usuarios, nos encontramos con el problema de determinar cuál es el verdadero régimen jurídico del Sistema Arbitral de Consumo del art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Respecto de dicho régimen jurídico cabe destacar:

- a) Por una parte, el art. 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, definido por la doctrina como un «principio-precepto», porque en él, lejos de establecer una regulación acabada del sistema arbitral, contiene un mandato dirigido al Gobierno para que desarrolle reglamentariamente dicho sistema arbitral en función de las bases señaladas.
- b) En segundo lugar, la disp. final 4.^a de la misma Ley 26/1984, concedía el plazo de un año, desde la entrada en vigor de dicha norma, para aprobar los reglamentos necesarios para su aplicación.
- c) En tercer lugar, la promulgación de la Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, en cuya disp. adic. 1.^a señalaba que dicha Ley sería de aplicación, en todo lo no previsto por sus propias normas, al arbitraje contenido en el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que en su disp. adic. 2.^a (de la Ley de

¹⁰ Existen expresas referencias anteriores en la Constitución política de la monarquía española promulgada en Cádiz, a 19 de marzo de 1812, cuando dice «El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural. Nuestra antigua constitución y nuestras leyes le han reconocido y conservado en medio de las vicisitudes que han padecido desde la Monarquía goda. Y el espíritu de concordia y liberalidad que hacen tan respetable la institución de jueces árbitros, persuade quan conveniente sea que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles é injurias de menos momento, para prevenir en quanto sea posible que los pleytos se originen ó se multipliquen sin causa suficiente. Las reglas que han de observar los alcaldes en estos casos, se dirigen á evitar que esta precaución no sea ilusoria. (...) Como todas las diferencias en asuntos civiles que no puedan arreglarse por el intermedio de árbitros ó conciliadores han de llegar á ser examinadas por jueces ó tribunales, según el método prevenido en las leyes, es preciso fixar un término al progreso de las causas».

Arbitraje), reiteraba el mandato dirigido al Gobierno por la Ley General de Consumidores para la elaboración del Reglamento que establezca, de una vez por todas, el Sistema Arbitral de Consumo.

No obstante, pese a la inexistencia un marco legal totalmente articulado, el Sistema Arbitral de Consumo se puso en marcha. El 20 de mayo de 1986 fueron constituidas en España las primeras Juntas Arbitrales de Consumo, como evidencia de que lo que urgía al Constituyente era el establecimiento de un procedimiento eficaz para la tutela de los derechos de los consumidores, porque, con relación a la protección del consumidor, más importante que establecer derechos sustantivos, acaso era crear los instrumentos adjetivos adecuados para acceder a la Justicia.

A falta de aprobación del Reglamento que debía elaborar el Gobierno para regular la constitución y el funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo estaba gobernado por directrices de origen dispar, consecuencia directa de constituir un punto de confluencia entre la legislación arbitral y la de protección del consumidor.

La primera pregunta para determinar el actual régimen jurídico del arbitraje de consumo, es la de si dicho sistema estaba regulado por la Ley de Arbitraje, o si antes bien constituye un arbitraje autónomo, capaz de desenvolverse con normas propias. Para responder a esta cuestión, debemos estudiar cada una de las tipologías del arbitraje reguladas en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, por si en alguna de ellas pudiera tener cobijo el arbitraje de consumo.

Examinadas las formas de arbitraje de la Ley 36/1988, llegamos a la conclusión de que en esta norma fueron dispuestas tres clases de arbitraje en de lo que pudiera denominarse arbitraje interno. A saber, el arbitraje testamentario, el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional.

Ni en la primera ni en la segunda albergaba el arbitraje de consumo, puesto nació para resolver cuestiones relativas a la distribución o administración hereditarias (art. 7 de la Ley de Arbitraje), ni tampoco con carácter esporádico para solucionar un asunto concreto. Frente a ello, el arbitraje institucional, caracterizado por estar encomendado a personas jurídicas, tanto públicas como privadas, para la resolución de las controversias que les sean atribuidas.

En segundo lugar, debe estudiarse las «bases» inspiradoras del arbitraje de consumo, del art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para comprobar su compatibilidad con las reglas del arbitraje establecido con carácter general por la Ley 36/1988:

1. Ha de tratarse de un sistema arbitral «sin formalidades especiales». Esto significa que ha de ser un procedimiento ágil y accesible para que los consumidores y usuarios puedan efectuar sus reclamaciones frente a empresarios y comerciantes. Algunos autores entienden que este requisito de la agilidad y aproximación de los ciudadanos al sistema, implica que el arbitraje ha de ser de equidad y no de derecho, aunque

ello suponga cierta limitación en cuanto a la entidad de los asuntos a tratar por los órganos arbitrales.

Sin embargo, no existe incompatibilidad entre la agilidad y aproximación a los ciudadanos y el arbitraje de derecho. Tal parecer procede del deformado recuerdo de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que, siendo partidaria del arbitraje de derecho (art. 4.3), rodeaba, incluso al de equidad, de formalismos innecesarios, y a veces exagerados, incompatibles con el sistema arbitral que propugna el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Aquí radica la causa del paralelismo entre arbitraje de derecho y formalismo jurídico, sedimentado en el acervo de nuestro arbitraje nacional. La Ley 36/1988, reguló un único procedimiento arbitral, que puede ser tanto de derecho como de equidad, sin que ello pueda ser calificado de formalista. Por tanto, la referencia a un procedimiento «sin formalidades especiales» es perfectamente compatible con el régimen general previsto en aquella Ley de Arbitraje.

2. Ha de ser un sistema que resuelva las controversias entre comerciantes y consumidores con «carácter vinculante y ejecutivo», cuya resolución arbitral ha de producir idénticos efectos que una sentencia, resolviendo de manera simple y definitiva el conflicto planteado.

Esta referencia al carácter vinculante y ejecutivo, también es perfectamente compatible con el régimen general establecido por la Ley de Arbitraje, donde al laudo se le dota de la eficacia de una sentencia firme, con efectos simétricos a la cosa juzgada (art. 37 de la Ley de Arbitraje).

3. No todos los conflictos entre comerciantes y consumidores van a ser resueltos por el sistema arbitral: quedan excluidos aquellos en los que se produzca «intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito».

Estos asuntos solo podrán ser resueltos ante la jurisdicción ordinaria. De esta manera se establece la competencia material de las Juntas Arbitrales de Consumo. Las materias excluidas por el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios entran perfectamente en el ámbito de exclusión establecido por el art. 2; luego tampoco en este punto existe diferencia insalvable.

4. El sometimiento de las partes al sistema arbitral deberá ser «voluntario y deberá constar expresamente por escrito». Este arbitraje tiene carácter voluntario. El sometimiento a la Junta Arbitral ha de ser expreso y escrito, y para que pueda resolver la controversia tienen que quererlo las dos partes enfrentadas. Luego la forma de sometimiento es, asimismo, idéntica a la prevista en la Ley de Arbitraje, tal como se desprende de los arts. 5 y 6 de la Ley de 5 de diciembre de 1988.

5. Por último, señala el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la composición tripartita del órgano arbitral, que tampoco contradice al art. 13 de la Ley de Arbitraje, donde se exige un número impar de árbitros. Por tanto, ni siquiera en esto existe incompatibilidad.

Concluyendo, solo queda por determinar si el ámbito de aplicación de la Ley de 5 de diciembre de 1988 incluía, de una forma u otra, los arbitrajes que pudieran estar ordenados en prescripciones de Derecho público, frente a la Ley de 22 de diciembre de 1953, que, como su propio nombre indicaba, se refería únicamente a arbitrajes de Derecho privado. La Ley de Arbitraje ha ampliado el ámbito de aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1953, fundamentalmente atendidos los siguientes argumentos:

1. El primero es su denominación, de «Arbitraje» y no solo de «Arbitrajes de Derecho privado». Si el legislador hubiera querido mantener el anterior ámbito de aplicación, habría mantenido también la antigua denominación.
2. La inicial Ley de Arbitraje no contenía precepto alguno, como el derogado art. 1.2 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado, que excluyese los arbitrajes ordenados en prescripciones de «Derecho público».
3. La disp. adic. 1.^a de la Ley 36/1988, estableció la aplicación supletoria de la Ley de 5 de diciembre de 1988, a ciertos arbitrajes, que por su naturaleza pudieran considerarse de Derecho público como, acaso, sea el de consumo.

La Ley de Arbitraje se convirtió en lo que la doctrina conoce como Derecho común a todos los arbitrajes, fundamentos aplicables al Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo.

Si hasta aquí ha quedado acreditada la inclusión del Sistema Arbitral de Consumo en el régimen general establecido por la Ley de Arbitraje, difícilmente tendría sentido dicha evidencia si no se indicase el modo de aplicación de la Ley de Arbitraje al Sistema de Consumo en tanto no fuese sancionado un conjunto acabado de normas específicas.

Para ello se debe acudir, en primer lugar, a la disp. adic. 1.^a de la Ley 36/1988, la cual declaró aplicable dicha norma supletoriamente, salvo en lo relativo a la protocolización notarial de los laudos arbitrales.

En todo lo demás, la Ley de Arbitraje es susceptible de ser aplicada al arbitraje de consumo. Sin embargo, para que las instituciones arbitrales -como las Juntas Arbitrales de Consumo- puedan gestionar válidamente los arbitrajes que se les encomiendan, deben cumplir los presupuestos establecidos por el art. 10 de la Ley de Arbitraje.

El primero de ellos es que se trate de Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, o

bien Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean dichas funciones. Este requisito lo puede cumplir fácilmente las Juntas Arbitrales de Consumo, al tratarse de órganos subordinados a entes públicos territoriales.

El segundo, es el de que los Reglamentos arbitrales de dichas instituciones fueran protocolizados notarialmente. Con este elemento se pretendió dotar a los procedimientos arbitrales institucionales, de la suficiente publicidad y fijeza para que la seguridad jurídica presidiese el arbitraje. Sin embargo, el arbitraje de consumo, independientemente considerado de la Ley de Arbitraje, no necesita dicha protocolización, por estar prevista la publicación de sus normas reguladoras, en forma de Decreto, en el Boletín Oficial del Estado.

La publicidad conseguida a través de los Diarios oficiales produce, incluso, mayor seguridad jurídica y fijeza que la protocolización notarial, circunstancia por la cual, en el momento de la aprobación del Reglamento sobre Arbitrajes de Consumo, la protocolización dejaba formalmente de serle de aplicación. Hasta ese momento, si el arbitraje de consumo pretendía ser un procedimiento legal, debía ajustarse a las prescripciones de la Ley de Arbitraje (art. 3), ya que, en su defecto, sus laudos podían ser revocados por nulos (art. 45 de la Ley de Arbitraje).

Con ello, la primera conclusión es que este sistema tuvo desde su inicio, un apoyo legal suficiente para ser aplicado. El primer fundamento radica en la propia Constitución Española, precisamente en el mandato contenido en su art. 51, dirigido a la totalidad de los poderes públicos.

El segundo apoyo ha de encontrarse en la disp. adic. 1.^a de la Ley de Arbitraje, que sirve de conexión entre sus preceptos y los principios contenidos en el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de las bases del Sistema Arbitral de Consumo; en todo aquello en que debieran ser interpretadas dichas bases, era de aplicación supletoria la Ley 36/1988. Sin embargo, no se pudo considerar suficiente con aplicar de forma abstracta la Ley de Arbitraje, atendiendo a su espíritu, pero sin cumplir sus escasas formalidades, que no solamente han de ser garantía de seguridad jurídica, sino también de la igualdad de oportunidades, contradicción y audiencia (art. 21 de la Ley de Arbitraje) de las partes litigantes.

De este modo y con unas pautas generales de organización y funcionamiento del sistema arbitral de consumo, en el que se entrevén las principales características de dicho sistema, voluntariedad, ejecutividad, agilidad y equidad, la regulación era claramente insuficiente, en especial, en lo relativo a la configuración de los órganos de arbitraje.

Con todo y como se ha anunciado, el Instituto Nacional de Consumo, en 1986, puso en marcha, con carácter experimental, en colaboración con las Corporaciones Locales de Badalona, Valladolid, Madrid, Huelva, Sestao y la Comunidad Autónoma de Murcia, las primeras Juntas Arbitrales de Consumo, que eran gestionadas por esas corporaciones.

3. El arbitraje como equivalente jurisdiccional: Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 15/1989, de 26 de enero, y 62/1991, de 22 de marzo

Normalmente habrá de contemplarse a la Administración de Justicia como el lugar lógico y natural para que se encuentre una solución adecuada a los conflictos de intereses, empero ciertas situaciones limitan la respuesta esperada: la Administración de Justicia, lenta pese al extraordinario esfuerzo realizado para resolver los asuntos que se someten a su enjuiciamiento, y tiene un coste económico, a veces elevado, que puede no compensar al justiciable.

A ello, habrá de añadirse el alto grado de tecnicismo procesal, por lo que el proceso entre personas que intervienen en una relación de consumo, hace que se convierta en lento y costoso, ante lo que se plantea la posibilidad de poder realizar una reclamación, solamente cuando no exista otra alternativa posible.

Por ello surge la creación de mecanismos alternativos que, sobre la base de fomentar la amplia autonomía de la voluntad, los particulares reclamen, por lo que el propio Estado, estimula la creación de mecanismos alternativos que eviten la tradicional judicialización de los conflictos, apareciendo instancias accesibles como la negociación, la mediación, la conciliación o el arbitraje.

El legislador fue consciente de esta evolución social; así, del marco legal de referencia, pueden fijarse los principales hitos normativos cronológicamente, siendo el punto de partida el art. 31 de la Ley 20/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que encomienda al Gobierno el establecimiento de *«un sistema arbitral que sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios»*, derogando la antigua Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953. Esta última fue sustituida, a su vez, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje, con carácter sustantivo en el ámbito del derecho privado, que declaró en su Disposición Primera su aplicabilidad *«a los arbitrajes a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [...]»*, además de establecer la gratuidad de este tipo de arbitraje y liberarlo de la obligación de protocolización notarial del laudo.

Más tarde en materia de consumo, se publicó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se reguló el sistema arbitral de consumo, y posteriormente la Ley 60/2003, de Arbitraje, seguida del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo, y el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, regulador del arbitraje de consumo electrónico.

Precisamente la crisis económica ha puesto de manifiesto la necesidad de la intermediación; el crecimiento vertiginoso de las demandas ante los Juzgados, ha justificado la reforma del sistema de mediación y arbitraje. De este modo, se exigirá acudir a un mediador, previamente al orden jurisdiccional correspondiente, para reclamaciones inferiores a seis mil euros, con el objetivo de descargar de trabajo a los Juzgados civiles y mercantiles, promoviendo el uso de estas formas privadas de resolución de conflictos. Por su parte, los de valor inferior a trescientos euros se podrán resolver a través de Internet.

Para la figura del mediador, como luego será analizado, se exigirá titulación universitaria, un seguro de responsabilidad civil y la inscripción en el registro del Ministerio de Justicia siguiendo así las orientaciones de la Directiva Europea de Servicios, que busca facilitar las prestaciones. La reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 potenciará la figura de los árbitros, nombrados por los Tribunales Superiores de Justicia. Esta reforma de la Ley de Arbitraje y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nacieron enmarcadas en el Plan de Modernización de la Justicia, donde igualmente está prevista la creación de una Comisión Delegada para la Resolución de Controversias Administrativas encargada de la resolución de los conflictos surgidos en el seno de la propia Administración, a modo de sistema arbitral interno¹¹.

Con ello se consolidan los mecanismos que pueden dar respuesta a los conflictos planteados, que si bien la justicia clásica también puede llevar a cabo, aligeran su esfuerzo, no mediatizan tanto su formación y alivian su mayor grado de tecnicismo.

De esta forma el arbitraje de consumo se convierte en un instrumento de impartición de Justicia¹². Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional al manifestar que el art. 149.1.5 de la CE reserva al Estado la competencia y la facultad exclusiva de la denominada *Administración de Justicia* y que por consiguiente corresponderá siempre al Poder Judicial la facultad de «*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*».

La creación de un sistema de arbitraje propio, no constituye un órgano del poder judicial, ni constituye un sistema paralelo al sistema judicial, pero participa en su naturaleza, pues el arbitraje constituye un «*equivalente jurisdiccional*» que permite a las partes intervinientes obtener idénticos objetivos que en la jurisdicción civil, concretados en la obtención de una decisión definitiva del conflicto existente, con «*efectos de ser considerado como cosa juzgada*»¹³, configurándose de este modo como instrumento jurisdiccional no judicial de resolución de conflictos, con efectos de una sentencia judicial¹⁴. La Constitución no ha pretendido en ningún momento crear un nuevo sistema en paralelo o en contraposición del Poder Judicial. No hay alteración de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), antes bien, facilita un *mecanismo de justicia social*, partiendo de las premisas del establecimiento de

¹¹ Los anteproyectos de la Ley de Mediación, de reforma de la Ley de Arbitraje y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fueron enmarcados en el Plan de Modernización de la Justicia fueron aprobados por el Consejo de Ministros del viernes día 19 de febrero de 2010, hasta su aprobación por Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por que se desarrollan determinados aspectos de Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, desarrollado por la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, que crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

¹² MALUQUER DE MOTES, Bernet, Catedrático de Derecho Civil, Presidente de la Junta Arbitral de Cataluña, *El Arbitraje de Consumo*, Tirant monografías 327, pág. 36.

¹³ SSTC 43/88, de 16 de marzo, 174/1995, de 23 de noviembre y 31/2010, de 28 de junio de 2010.

¹⁴ SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, 13/1997, de 27 de enero y 9/2005, de 17 de enero.

un mecanismo de protección al consumidor.

La Constitución cuando en el art 51.1 establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios y los protegerán por medio de procedimientos eficaces, lo que pretende es estimular otras vías que, sin perjuicio de la judicial, puedan de una manera más sencilla permitir el acceso del consumidor a la justicia, en mayor brevedad y en menor coste. No existe un sistema arbitral paralelo al judicial, la Constitución es consciente de que el principio de autonomía de la voluntad propia del derecho civil clásico, indicativo de la libertad y de la igualdad de las partes, nos se produce en su totalidad en los tiempos modernos de contratación. La existencia de servicios necesarios para el ciudadano de los que no puede prescindir, la de la contratación en masa, y la situación de superioridad de una de las partes contratantes, comporta una cierta inseguridad e indefensión, que determina que el ejercicio y la protección del derecho para el más débil le requiera todo un esfuerzo de carácter económico que en la práctica le dificulta cuando no impide su ejercicio.

Actualmente hay sectores económicos que suscitan más quejas, reclamaciones o insatisfacciones de los consumidores y usuarios que otros: materias relacionadas con la vivienda, servicios bancarios y financieros, servicios de telefonía, seguros, reparaciones del hogar, alimentación, transportes, talleres de reparación de automóviles y motocicletas, tintorerías, suministro de gas y electricidad, electrodomésticos entre otros, que suponen más del setenta por ciento de las reclamaciones presentadas en España. Otro dato a tener en cuenta es que existen ciertos sectores, como los bancarios y financieros, seguros y suministros de energía, reticentes al sistema arbitral de consumo.

Existe libertad y voluntariedad entre las partes, pero no una total igualdad en la defensa de sus intereses, por ello al dirimir conflictos, puestos de acuerdo, se resuelven desavenencias o controversias ante un organismo arbitral, reduciendo y eliminando formalidades, con lo que se obtiene el mandato constitucional de «*procedimientos eficaces*».

En respuesta al mandato constitucional se establece el sistema arbitral de consumo, permitiendo por medio de convenio a las Administraciones tanto Autonómica como Local, que puedan constituir Juntas Arbitrales para resolver conflictos de intereses entre empresa y consumidor o usuario.

La competencia en materia de arbitraje corresponde al Estado en virtud de los títulos competenciales del art. 149.1.5ª y 149.1. 6ª CE, como dejaron expuesto las sentencias del TC 15/1989, de 26 de enero y 62/1991, de 22 de marzo: «*siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral al sistema de recursos, con la Administración de Justicia*».

Pero también es cierto que el Estado no ha procedido a la creación de una estructura de arbitraje al igual que el sistema de planta judicial, toda vez que ha depositado sus competencias mediante la suscripción de convenios con las distintas Administraciones autonómicas y locales, siendo éstas las que regulan y tutelan el arbitraje de consumo.

El Tribunal Constitucional ha equiparado las resoluciones dictadas por las Juntas Arbitrales a un «*equivalente jurisdiccional*», dadas las circunstancias de que las partes obtienen los mismos objetivos de la jurisdicción ordinaria, esto es, la obtención de una decisión o un laudo que pone fin al conflicto existente entre las partes, sin que pueda volver a plantearse ante la jurisdicción ordinaria, pues comporta y tiene la consideración de «*cosa juzgada*».

No es, sin embargo, la Constitución Española el primer texto jurídico que contiene menciones más o menos precisas a la protección de los intereses económicos de los consumidores.

En este sentido se había pronunciado, con anterioridad, la entonces denominada Comunidad Económica Europea, en una Resolución del Consejo de Europa de 14 de abril de 1975, cuyas orientaciones no hacen sino anticipar el principio constituyente español, en la que se enunciaba expresamente junto a los que podríamos llamar derechos clásicos del consumidor -seguridad, salud, asociación, participación, formación e información-, el *principio de protección de sus legítimos intereses económicos*.

Con ánimo de iniciar el desarrollo legislativo del art. 51 CE, fue promulgada, como se ha dicho, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -en la estela de la vieja y controvertida Ley de venta a plazos de bienes muebles de 17 de julio de 1965 (derogada y reemplazada en 1998)- que constituye la primera referencia con rango legal y pretensiones de abarcar de modo homogéneo la totalidad del ámbito del consumo. Surge en una época compleja marcada por el envenenamiento masivo producido el consumo de aceite de colza desnaturalizado, a cuya concreta problemática trata de dar solución de forma insuficiente y tardía.

Sin embargo, contiene un precepto de extraordinaria importancia, el art. 2, destinado a los derechos básicos de los consumidores, donde recoge el de la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores, y se articula la defensa jurídica de éstos mediante el denominado *principio de preferencia*, o *regla de la discriminación positiva*: «Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado».

Teniendo en cuenta la situación de palmaria desventaja de los consumidores cuando mantienen relaciones patrimoniales con los empresarios, se rompen de manera controlada los dogmas de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad tradicionales en nuestro Derecho, con el deliberado propósito de establecer un principio de *protección preferente*. Está diseñado, obviamente, con la intención de ofrecer defensa a aquel contratante en situación más vulnerable y dependiente, con un afán ultraproteccionista del consumidor y

carácter imperativo y absoluto.

En este panorama, pronto se evidenció la necesidad de introducir límites positivos, optándose por restringir su aplicación únicamente a aquellas relaciones jurídicas que tuvieran por objeto productos o servicios calificados por la propia Ley de *uso o consumo común, ordinario y generalizado*. Este elenco de productos o servicios, aparecen recogidos primero en el RD 287/1991, de 8 de marzo, y actualizados posteriormente en el RD 1507/2000, de 1 de septiembre. Gracias a esta corrección, la situación parece más razonable, ya que aun conservando su configuración imperativa pierde, sin embargo, su carácter absoluto.

Fundamentalmente el Arbitraje de Consumo constituye una vía alternativa reconocida de sometimiento voluntario de una cuestión determinada sin que se perjudique el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por la CE en su art. 24. Una vez elegida esta vía por las partes, ha de continuarse y la cuestión litigiosa queda sometida a la decisión del Colegio Arbitral, sin que pueda acudir a la llamada jurisdicción judicial, excepto por el procedimiento del recurso de nulidad del laudo arbitral.

III. EL MARCO NORMATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA

La Institución del arbitraje consiste en un mecanismo de resolución de litigios o conflictos que los interesados en ellos, de común acuerdo, excluyen del conocimiento de los Jueces y Tribunales de Justicia, por razones básicamente de operatividad y rapidez en la decisión. La propia legislación interna y los acuerdos internacionales son el punto de arranque y proyección del arbitraje como «*Institución alternativa*» al conocimiento jurisdiccional de los litigios.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación 12/1986, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, postuló de los Gobiernos de la Unión Europea la adopción de disposiciones adecuadas para que «*en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial*»¹⁵. Dicha Recomendación constituyó el motor de arranque de la ley española aplicable con carácter general al arbitraje, aprobada poco después del ingreso de España en la Unión Europea: La Ley 36/1988, de 5 de diciembre. En ella, su Exposición de motivos evita cualquier duda acerca de la adecuación constitucional de la institución arbitral: «*el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución*»¹⁶.

¹⁵ LASARTE ALVAREZ, C. *Manual sobre Protección de los Consumidores y Usuarios*, pág. 358 3ª edición, Madrid, Dikynson 2007.

¹⁶ La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que la derogó, basa su principal criterio inspirador en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada a su vez por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985 «*teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal*».

Uno de los objetivos prioritarios de la Comisión Europea consiste en la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos de la Unión Europea¹⁷.

Para obtener dicha mejora las instancias comunitarias, entre otras iniciativas, están potenciando una decidida política de *protección del consumidor* con el fin de garantizar tanto la calidad de los productos y servicios del mercado como la transparencia en las prácticas comerciales¹⁸.

En consecuencia, la promoción de los intereses de los consumidores se encuentra en el núcleo de todas las políticas de la Unión Europea destinadas a mejorar el bienestar social y económico de sus ciudadanos¹⁹.

Estas políticas se insertan en un mercado globalizado, por lo que deben tener en cuenta no solo los intereses de los consumidores de la Unión Europea, sino también los del resto del mundo y, en particular, las decisiones de los organismos internacionales.

De este modo, la protección del consumidor en el marco de la Unión Europea no se ciñe, exclusivamente, a la consecución de objetivos económicos, sino que éstos deben ir acompañados del compromiso de construir una sociedad más justa y solidaria en la que todos los ciudadanos puedan participar en la producción e intercambio de bienes que les permitan desarrollar una vida digna.

Al respecto, la Unión Europea tiene un papel determinante en la construcción de un orden económico mundial más justo, capaz de promover el auténtico desarrollo de los pueblos y países. Ciertamente, los poderes públicos siempre estarán en mejores condiciones que los ciudadanos para controlar los complejos procesos a través de los cuales se comercializan los productos y los servicios, así como para transmitir confianza a los consumidores.

Desde esta perspectiva, los ciudadanos europeos, particularmente los consumidores más vulnerables²⁰, confían en que las autoridades públicas establezcan un marco normativo justo para la relación entre empresas y

arbitral y las necesidades de la practica del arbitraje comercial internacional».

¹⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 26 de febrero de 2003, sobre la Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006; Resolución del Consejo, de 2 de diciembre de 2002, sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006); Estrategia en materia de política de los consumidores (2002-2006), 7 de mayo de 2002; Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001.

¹⁸ MASSAGUER FUENTES, J. y PALAU, F., Informe sobre «*El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*», a petición del Instituto Nacional de Consumo, Barcelona, agosto 2002.

¹⁹ Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001, Comunicación de la Comisión, pág. 5.

²⁰ Office of Fair Trading Research Paper 15 «Vulnerable consumer groups: quantification and analysis», abril 1998.

consumidores donde se tenga en cuenta la frecuente desigualdad de las partes intervinientes, en particular, en los contratos de adhesión.

A su vez, los consumidores deben reconocer sus propias responsabilidades e intereses que deben conciliarse, entre otras cuestiones, con el fomento de políticas educativas que incidan en valores universales con el fin de preservar a los ciudadanos de los posibles condicionantes del “consumismo” así como con la promoción de pautas sostenibles de consumo y producción que impidan el deterioro del medio ambiente.

La Comisión Europea adoptó en mayo de 2002 una nueva estrategia en materia relativa a los consumidores en la que especifica su enfoque político global para el quinquenio 2002-2006.

En esta estrategia se establecieron tres objetivos fundamentales:

1. Un alto nivel común de protección de los consumidores;
2. aplicación eficaz de las normas sobre protección de los consumidores, y
3. participación adecuada de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias.

En este triple objetivo se encuadra la voluntad decidida de la Comisión de favorecer, en el ámbito de la Unión Europea, el desarrollo de sistemas expeditivos de resolución de los conflictos en materia de consumo²¹, teniendo en cuenta que buena parte de estos litigios están caracterizados por una desproporción entre el valor económico del asunto y el coste de su solución judicial. Y que, de modo particular, en los litigios transfronterizos, las posibles dificultades surgidas en la vía judicial -como el conflicto de leyes y de órganos jurisdiccionales o dificultades prácticas de tipo lingüístico y financiero- pueden disuadir a los consumidores de reclamar el cumplimiento efectivo de sus derechos. De este modo, la protección europea de los consumidores no se manifiesta solamente en el ámbito del Derecho material²², sino que se

²¹ Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión «Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior», de 14 de noviembre de 1996 (*DO C 362*, de 2 de diciembre de 1996, pág. 275); Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único (COM [93] 576 final, de 17 de noviembre de 1993); Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior (COM [96] 13 final, de 14 de febrero de 1996); Recomendación de la Comisión Europea de 30 de marzo de 1998, Principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (*DOCE L 115*, de 17 de abril de 1998, pág. 31); Resolución de la Comisión Europea de 25 de mayo de 2000, Red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (*DOCE C 155*, de 6 de junio de 2000, pág. 1); Recomendación de la Comisión Europea de 4 de abril de 2001, Principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (*DOCE L 109*, de 19 de abril de 2001, pág. 56).

²² Directiva 84/450/CEE del Consejo sobre la publicidad engañosa (*DO L 250*, de 19 de septiembre de 1984); Directiva 1999/44/CE sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo (*DO L 171*, de 7 de julio de 1999).

complementa con la potenciación de instrumentos de tutela procesal adecuados a la naturaleza específica de las situaciones jurídicas afectadas²³.

1. La tutela del consumidor en el ámbito procesal comunitario

A. Facilitar el acceso a la justicia

En efecto, la Unión Europea procura facilitar el acceso a la justicia a través de diversas medidas como la creación de una *Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*²⁴ en la que también figura la información relativa a la solución de los litigios de los consumidores por medios alternativos²⁵.

O, la instauración de un *Espacio Judicial Europeo* a través de medidas como la reducción de los procedimientos de *exequátur*²⁶, las iniciativas destinadas a suprimir el *exequátur* en los supuestos de créditos no impugnados y a simplificar y acelerar la solución de los litigios transfronterizos de escasa cuantía²⁷. Desde esta perspectiva las instancias comunitarias insisten a los gobiernos de los Estados miembros en la adopción de medidas de política legislativa que faciliten a los ciudadanos un mayor nivel de acceso a la justicia²⁸, a través de un sistema de tutela jurisdiccional cada vez más efectivo y de mecanismos extrajudiciales que garanticen los derechos del justiciable²⁹.

²³ Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, Bruselas, 19 de abril de 2002 (COM [2002] 196 final).

²⁴ Decisión del Consejo 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001 (DO L 174, de 27 de junio de 2001, pág. 25).

²⁵ Art. 14 Decisión del Consejo, *op. cit.*

²⁶ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12, de 16 de enero de 2001, pág. 1).

²⁷ Programa de medidas de la Comisión y del Consejo para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones en materia civil y mercantil (DO C 12, de 15 de enero de 2001, pág. 1).

²⁸ Algunos Estados miembros han empezado a modernizar su sistema judicial simplificando los actos de consulta o preveyendo la posibilidad de presentar una demanda judicial por vía electrónica (*vid.* Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, Bruselas, 19 de abril de 2002, COM [2002] 196 final, pág. 8).

²⁹ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia.

B. Mejorar la solución extrajudicial de conflictos jurídicos

Sobre esta última cuestión, desde hace varios años en el marco de un programa destinado a mejorar el acceso del consumidor a la justicia, se han realizado estudios importantes relativos a la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo domésticos y transfronterizos, vinculados o no a Internet³⁰.

La elaboración de estos estudios, y su posterior perfeccionamiento, permitirán establecer el estatuto jurídico de las *Alternative Dispute Resolution (ADR)* y su inserción en el Derecho procesal civil³¹.

El *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*, de 19 de abril de 2002, sintetiza el contenido de estos estudios y abre un debate con diversos fines entre los que se encuentra una revisión más amplia, continua y actual del Derecho del consumo.

Al respecto, hace referencia a las dos Recomendaciones adoptadas por la Comisión en las que se establecen determinados principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de consumo.

El texto de ambas Recomendaciones ha sido acompañado por una comunicación de la Comisión y completado con la publicación de un formulario europeo de reclamación para el consumidor.

La *primera Recomendación*, del 30 de marzo de 1998³², se refiere a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a solucionar el litigio mediante la intervención activa de un tercero que emite un dictamen formal sobre la controversia.

Esta Recomendación contiene los siete requisitos mínimos, que se desarrollarán con posterioridad, relativos a la creación y funcionamiento de las *ADR*. Los Estados miembros procedieron al inventario de los órganos competentes para la resolución extrajudicial de litigios relacionados con el consumo que en su opinión se ajustaban a la Recomendación de la Comisión.

La *segunda Recomendación*, de 4 de abril de 2001³³, sobre los procedimientos limitados a una simple tentativa de acercamiento de las partes con el fin de persuadirles sobre una solución consensuada.

También a propuesta de la Comisión, se han creado dos redes europeas de instancias nacionales cuyo objetivo común es facilitar el acceso del consumidor

³⁰ CASPANI, V., *I Consumatori e la giustizia. Conciliazione e arbitrato: l'evoluzione europea e l'esperienza nazionale*, Piacenza, 2002.V

³¹ *Libro Verde*, *op. cit.*, pág. 14.

³² DO L 115, de 17 de abril de 1998, pág. 31.

³³ DO L 109, de 19 de abril de 2001, pág. 56.

a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos transfronterizos, cuando el profesional en cuestión se halle establecido en un Estado miembro distinto del Estado miembro de residencia del consumidor. Ambas redes persiguen el mismo objetivo, pero responden a distintas reglas de funcionamiento, tal y como expone el Libro Verde referido:

- 1) La *red extrajudicial europea EEJ-NET (Red EJE)* es una estructura de asistencia y de información al consumidor formada por puntos de contacto nacionales («*Cámaras de Compensación*» o «*Clearing houses*»), establecidos en todos los Estados miembros y en Noruega e Islandia.

Cada punto de contacto sirve de enlace de información hacia los cuatrocientos órganos que, a juicio de los Estados miembros, cumplen los principios de las Recomendaciones anteriormente citadas en materia de consumo. Esta red se lanzó oficialmente el 16 de octubre de 2001. Su objetivo es que el consumidor pueda acudir a un punto de contacto único en su Estado miembro para obtener información sobre sus sistemas nacionales y, en caso de litigios transfronterizos, facilitar que, a través del órgano extrajudicial homólogo que exista en su propio país, pueda acudir al órgano extrajudicial competente en el extranjero.

- 2) La *red para la resolución extrajudicial de litigios en el sector de servicios financieros FIN-NET* conecta los órganos de *ADR* nacionales competentes -que cumplen los principios de la primera Recomendación aludida- a una red europea. En febrero de 2002 el número de órganos ascendía a treinta y siete. FIN-NET permite al consumidor enfrentado a un problema en el ámbito de los servicios financieros (banca, seguros o inversiones) tener acceso directo a una modalidad de resolución extrajudicial de litigios. Esta red se remonta oficialmente a febrero de 2001. La lista completa de los órganos extrajudiciales de resolución de litigios en el sector de servicios financieros está disponible en el sitio Europa³⁴. También destaca entre las iniciativas de la Comisión la especial atención que se está dando a las *ADR* vinculadas a conflictos de consumo en el ámbito del comercio electrónico, especialmente en el marco del «*Plan de acción eEurope 2002*»³⁵, referido tanto a los métodos alternativos tradicionales como a los métodos en línea designados *Online Dispute Resolution (ODR)* que pueden utilizarse para todo tipo de conflictos, relacionados o no con el comercio electrónico.

2. Principios comunitarios aplicables al sistema arbitral de consumo

La Comisión de la Unión Europea, recomienda a todo órgano existente o que pueda crearse, estatal o local, por iniciativa pública o privada, que tenga como

³⁴ http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/intro.htm. (fecha de consulta mayo de 2014).

³⁵ Libro Verde, *op. cit.*, ap. 15.

competencia la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, respete siete principios: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación. Estos principios constituyen las garantías mínimas, y aseguran a los consumidores y empresarios que sus conflictos serán tratados con rigor, imparcialidad e independencia, reduciendo el coste, la duración y la complejidad en su solución³⁶.

Estos principios deben configurar la constitución y actuación de cualquier órgano que *como tercero* tenga atribuida competencia para dirimir conflictos en materia de consumo y, en consecuencia, emita un dictamen formal sobre la solución tanto si tiene efecto obligatorio para las partes o, por el contrario, consiste en una simple recomendación o propuesta de transacción a aceptar por las partes.

Sin embargo, quedan excluidos de la aplicación de esta Recomendación los procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo³⁷.

La Recomendación 98/257/CE delimita el contenido de cada uno de estos principios:

- a) *Principio de independencia del órgano decisor*: garantiza la imparcialidad de la acción del órgano responsable de la toma de la decisión. La Recomendación distingue el alcance de la independencia en función del número de personas participantes en la resolución del conflicto. *Si el órgano decisor es unipersonal* se adoptarán medidas como: a) la necesaria capacitación, experiencia y competencia -en particular en materia jurídica-, para desempeñar su función; b) la duración temporal del mandato por el tiempo suficiente que garantice su independencia y la necesidad de justificar motivadamente su destitución, y c) si la persona designada ha sido nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa es preciso que haya permanecido desvinculada por un período mínimo de tres años anteriores a su designación. Y en el supuesto en que la *decisión se adopte de forma colegial*, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o por el respeto de los criterios señalados con anterioridad.

La Recomendación reconoce, expresamente, que la independencia de estos órganos no exige el establecimiento de garantías tan estrictas como las destinadas a garantizar la

³⁶ Recomendación 98/257/CE relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE L 115, de 17 de abril de 1998, pág. 31).

³⁷ Recomendación de la Comisión Europea, de 4 de abril de 2001, sobre principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DOCE L. 109, de 19 de abril de 2001, pág. 56).

independencia de los jueces; no obstante, considera necesaria tanto la objetividad como la imparcialidad del órgano decisor a los efectos de garantizar la protección de los derechos de los consumidores y de aumentar su confianza en los mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia de consumo.

La Recomendación considera que la imparcialidad del órgano decisor es predicable en los supuestos en los que no existe presión alguna sobre dicho órgano en el ejercicio de sus funciones que puedan influir sobre su decisión.

- b) *Principio de transparencia del procedimiento y de la actividad de los órganos decisores:* la Recomendación precisa unas medidas en relación al cumplimiento de este principio con el fin de asegurar la información necesaria a las personas interesadas y evitar que la falta de conocimiento pueda perjudicar los derechos de las partes o generar desconfianza hacia los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.

Las medidas indicadas son las siguientes: a) La comunicación por escrito, o por otro medio adecuado, a cualquier persona que lo solicite, de la siguiente información: una descripción precisa de los tipos de litigios que pueden someterse al órgano incluyendo los límites por razón del territorio o de la cuantía; las normas relativas al procedimiento a seguir ante el órgano, en particular, las gestiones previas que deba hacer el consumidor, la comparecencia personal de éste, o, la lengua usada en el procedimiento; el posible coste del procedimiento y las normas de su distribución entre las partes; de reparto; la naturaleza de las normas en las que se basan las decisiones del órgano (disposiciones legales; equidad, códigos de conducta, etc.); las modalidades de toma de decisión del órgano, y el valor jurídico de la decisión en el que se incluye tanto su carácter facultativo u obligatorio y régimen de sanciones, en caso de incumplimiento, como las vías de recurso que pueda interponer la parte que no obtenga la satisfacción de su reclamación. Y b) La publicación, por el órgano competente, de un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que permita evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados.

- c) *Principio de contradicción:* las partes pueden exponer ante el órgano competente sus puntos de vista así como acceder a la información de los hechos expuestos por la otra parte y, en su caso, a las declaraciones de los expertos. La citada Recomendación precisa que este principio no exige, necesariamente, la celebración de audiencia oral entre las partes.
- d) *Principio de eficacia:* asegura que los procedimientos extrajudiciales faciliten el acceso de los consumidores a la justicia superando algunos de los inconvenientes que suelen plantearse en el marco judicial como las elevadas costas, los largos plazos y

la utilización de procedimientos lentos.

Con este fin, la Recomendación condiciona el cumplimiento de este principio a la operatividad de unas determinadas medidas que garanticen: el acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal; la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados; la fijación de plazos breves entre la presentación de la consulta ante el órgano y la toma de decisión, y la asignación a la institución competente de facultades amplias que le permitan considerar cualquier elemento de trascendencia en la solución del litigio.

- e) *Principio de legalidad*: garantiza que la solución emanada del órgano decisor, tanto si se fundamenta en disposiciones legales, como en equidad o en códigos de conducta, no disminuirá el grado de protección que les otorgarían los órganos jurisdiccionales a las partes aplicando la tutela del Derecho de los consumidores, tanto interno como comunitario.

Además, la Recomendación incluye bajo este principio la exigencia de motivación de las decisiones y su comunicación a las partes interesadas -por escrito o de cualquier otra forma apropiada- en el menor plazo posible.

Desde el primer elemento señalado, la Recomendación dispone que la decisión del órgano no pueda tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en que esté establecido el órgano.

- f) *Principio de libertad*: la decisión del órgano solo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente.

De este modo, la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento del desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución del conflicto.

La noción de este principio en la Recomendación está en consonancia con el contenido del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el que se otorga la consideración de derecho fundamental, sin excepciones, el acceso a los Tribunales.

En consecuencia, los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial y esto implica, según la Recomendación aludida, que su utilización solo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los Tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del conflicto.

- 9) *Principio de representación*: garantiza que las partes no podrán verse privadas de su derecho a la asistencia y servicios jurídicos de una tercera persona para proteger y defender mejor sus intereses.

Este principio afecta de manera particular a los consumidores, ya que su posición jurídica y económica en la relación contractual suele ser más débil que la del empresario y esto aconseja, en ocasiones, la representación de un conocedor del Derecho.

La Recomendación estableció estos principios con el fin exclusivo de lograr un alto nivel de protección de los consumidores a través del buen funcionamiento de los procedimientos extrajudiciales, sobre todo cuando resultan de iniciativas privadas. Como ya se ha dicho, todos los Estados miembros han notificado a la Comisión los órganos extrajudiciales que en su opinión cumplen plenamente estos principios.

De este modo, la Comisión pone a disposición del público y de los propios órganos extrajudiciales la información pertinente sobre los procedimientos que ofrecen estas garantías de calidad a través de una base de datos específica.

Por tanto, las personas que recurran a dichos órganos pueden y deben esperar que se cumplan los principios establecidos en la Recomendación aplicable; en caso de que un órgano figure en la citada base y, sin embargo, no corresponda a las expectativas creadas, deberá comunicarse esta circunstancia a las autoridades nacionales o a la Unión europea.

Sin embargo, el arbitraje quedó excluido del ámbito de aplicación del *Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*, (incluidos el Derecho laboral y el relacionado con el consumidor)³⁸, aprobado por la Comisión Europea, el 19 de abril de 2002. Se considera que es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia.

Esta exclusión implica la voluntad de la Unión Europea de fomentar las formas de *ADR* en las que los terceros no toman ninguna decisión, por entender que estas manifestaciones de *ADR* contribuyen más a la consecución de la paz social. Estas formas consensuadas facilitan que las partes no se enfrenten entre sí, sino que emprendan un proceso de aproximación a través del diálogo, seleccionen el método de resolución del conflicto y desempeñen un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí la solución más conveniente a sus intereses; de este modo, resuelto el conflicto, las partes continuarán, con frecuencia, sus relaciones de carácter comercial o de otro

³⁸ Quedan excluidas las cuestiones relacionadas con el consumidor que no puedan ser sometidas a una *ADR* por tratarse de derechos no negociables y que interfieren el orden público (*vid. Libro Verde, op. cit.*, pág. 6, nt. 4).

tipo³⁹, sin que el modo de solucionar los conflictos surgidos entre ambas supongan la ruptura de éstas.

A su vez, esta exclusión refuerza la naturaleza jurisdiccional del arbitraje⁴⁰ y los efectos jurisdiccionales del laudo arbitral (eficacia de cosa juzgada y eficacia ejecutiva del laudo arbitral).

IV. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

En esta materia la idea preliminar y básica a tener en cuenta es la inexistencia de una única noción de consumidor, concurren conceptos diversos, en función de la finalidad de la norma que incorpora a esta figura⁴¹.

La noción abstracta de consumidor comprende a todos los ciudadanos en cuanto aspiran a una adecuada calidad de vida. En ese sentido todos somos consumidores. Esa noción es la que aparece en *Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores*, que declara en su número 3 lo siguiente: «En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor».

En este sentido abstracto el consumidor no es considerado solamente por su posición en el mercado para la satisfacción de sus necesidades privadas, sino al ciudadano con necesidades que no pueden satisfacerse a través del mercado, pero fundamentales para asegurarle una calidad de vida adecuada.

Esta noción abstracta de consumidor no es la utilizada en las normas para atribuirle derechos ejercitables individualmente. Es la que hay que tener en cuenta para atribuir derechos a los ciudadanos en general, en su consideración como consumidores.

Es la utilizada, por ejemplo, al reconocer a los consumidores el derecho a la educación, a la información o el derecho a asociarse. Cabe afirmar, por ello, que la noción abstracta de los consumidores es adecuada no para la atribución de derechos individuales, sino más bien para expresar programas políticos de actuación.

Frente a la noción abstracta de consumidor existen otras concretas. Obsérvese

³⁹ *Libro Verde, op. cit.*, pág. 9.

⁴⁰ *Libro Verde, op. cit.*, pág. 6. Sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, *vid.*, por todos, CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, 1995, págs. 29 y ss.

⁴¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. «El concepto de consumidor, en Hacia un Código del Consumidor», *Manuales de Formación* 34/2005, págs. 17-37, Consejo General del Poder Judicial.

que se hace referencia a “nociones concretas” del consumidor en plural. Ello es debido a que no existe una única noción concreta de consumidor, sino que concurren diferentes en sentido concreto, dependiendo de la norma en que esté integrada y, muy particularmente, de su finalidad.

1. Delimitación según la finalidad de la norma legal

La noción concreta de consumidor alcanza mayor importancia donde la Ley atribuye al consumidor la posibilidad de ejercitar determinadas acciones si no se han respetado los derechos otorgados por la propia Ley. En tales casos, es imprescindible que la Ley determine a quién considera como consumidor, esto es, que establezca una noción legal. La noción legal así establecida, aunque se basa en general en el prototipo social del consumidor medio, tiene relevancia precisamente, por ser la definición legal que hace del consumidor el propio texto normativo. Porque esa noción legal, a la que se vincula la atribución de derechos a los consumidores, constituye una auténtica ficción legal.

Esto significa que las personas incluíbles en la aplicación de la noción de consumidor tal y como haya sido establecida, serán los titulares de los derechos establecidos en esa disposición, sin que proceda entrar a considerar factores sociológicos, que podrían hacer pensar que no merecería la protección establecida en la Ley, por no existir la situación típica de desequilibrio entre el profesional o empresario y el consumidor.

El núcleo de las normas legales de protección a los consumidores, determinan una noción legal concreta de consumidor, para delimitar el ámbito de protección subjetiva que la propia ley otorga, como fuente normativa.

Cabe distinguir en nuestro ordenamiento jurídico dos nociones legales básicas y diferentes de consumidor. Por una parte, la que aparece en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) -en vigor hasta el 1 de diciembre de 2007 en que entró en vigor el Texto Refundido de la Ley aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLUCU), modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo- y, por otra, la de algunas de las leyes por las que se incorporan Directivas comunitarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Según el art. 1.2 de la LGDCU: «2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Esta noción de consumidor, absolutamente original de la legislación española, ha sido criticada, con razón, por su complejidad y falta de técnica jurídica, pues parece que en virtud de esa definición deben considerarse consumidores o

usuarios los destinatarios finales de bienes o servicios, entendiendo por destinatarios finales aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren los bienes o servicios sin volver a reintroducirlos en el mercado bien, en la misma forma en que los adquieren o tras un proceso de transformación. Por ello el art. 1 apartado 3 complementa esa noción para determinar que no se consideran consumidores quienes adquieren bienes o servicios para integrarlos en una actividad productiva destinada al mercado.

Es la Ley 3/2014, de 27 de marzo la que -al alterar el Texto Refundido y transponer la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo- aporta una nueva noción, pues en el ámbito de las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la Directiva, cabe mencionar, en primer lugar, las definiciones armonizadas que recoge la nueva Ley. El concepto de consumidor y usuario engloba a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores y usuarios, a efectos de la ley, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En cuanto al concepto de empresario, se define como tal a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

De este modo el nuevo art. 3 define el concepto general de consumidor y de usuario al decir: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.- Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

2. La noción legal de consumidor en el Derecho de la Unión Europea

La protección del consumidor constituye un objetivo de política legislativa en el tráfico jurídico, en consideración a su debilidad estructural en las situaciones en que se hallan inmersas. Es una de las apuestas más actuales, a la vez que decididas, de cualquier sistema jurídico. El Derecho de la Unión no representa una excepción al respecto, sino al contrario, se ha erigido en uno de sus máximos representantes.

El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992⁴², incorporó como novedad una política de protección de los

⁴² BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

consumidores (art. 129 A) en el marco de la transformación sustancial sufrida por la Comunidad Europea, con ocasión de su paso a Unión Europea.

A su vez, el Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, hecho en Ámsterdam, el 2 de octubre de 1997, y a la vista de la experiencia adquirida en estos años, ha querido reforzar los derechos a la información y a la organización de los consumidores a fin de mejorar la protección y salvaguardar sus intereses mediante una ampliación del contenido del art. 129 A)⁴³.

El ánimo de protección de los consumidores en el Derecho de la Unión ha dado origen a una considerable actividad normativa por parte del legislador comunitario tanto sustantiva, como procesal.

El Derecho internacional privado intracomunitario ha incorporado, de igual modo, el *animus protectionis* en favor de los consumidores tanto al campo del Derecho aplicable (Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980⁴⁴ hoy superado por el Reglamento de abril de 2008), como al del Derecho procesal civil internacional (es el caso del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968)⁴⁵. Ambos instrumentos vigentes incorporan respectivos preceptos (art. 5 en el primero, arts. 13 a 15 en el segundo) en los que se da una adecuada respuesta al desequilibrio del consumidor respecto de su cocontratante en el tráfico privado internacional. A partir de la exégesis literal y teleológica de los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968, para precisar la noción de consumidor en ellos utilizada: «de la redacción y de la función de estas disposiciones resulta que sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales, que esté vinculado por uno de los contratos enumerados en el artículo 13 y que sea parte en una acción entablada ante los Tribunales, conforme al artículo 14».

En otros términos, la protección otorgada por la Sección 4.^a del Título II del

⁴³ Respecto de la redacción de dicho artículo otorgada por el Tribunal de la Unión Europea de 1992, debe hacerse notar su limitado alcance, como han reconocido los aps. 19 y 20 de la sentencia del TJUE en el asunto C-192/94, *El Corte Inglés c. Cristina Blázquez Rivero*, de 7 de marzo de 1996 (*Recop.* 1996, págs. I-1.281 y ss.), en los que aquél ha afirmado que el art. 129 A) se limita a asignar a la Comunidad un objetivo (un alto nivel de protección de los consumidores) y a atribuirle competencias al efecto sin establecer, por lo demás, ninguna obligación a cargo de los Estados miembros o de los particulares.

⁴⁴ *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993; el Informe oficial sobre él ha sido elaborado por Giuliano, M. y Lagard, P. (*DOCE* C 327, de 11 de diciembre de 1992, págs. 1 y ss.); un Informe posterior sobre la última ampliación ha sido aprobado por el Consejo, el 26 de mayo de 1997 (*DOCE* C 191, de 23 de junio de 1997, págs. 11 y ss).

⁴⁵ *BOE* núm. 24, de 28 de enero de 1991; los Informes oficiales sobre él y sus modificaciones han ido siendo elaborados por Jenaro, P. (*JOCE* C 59, de 5 de marzo de 1979, págs. 1 y ss.), Schlosser, P. (*JOCE* C 59, de 5 de marzo de 1979, págs. 71 y ss.), Evrigenis, D. y Kerameu, K. D. (*DOCE* C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 257 y ss.), y De Almeida Cruz, Desantes Real, M. y Jenar, P. (*DOCE* C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 35 y ss.).

Convenio, ha de dirigirse al consumidor privado que no participe en contratos relativos a sus actividades comerciales o profesionales; éste es el inapelable juicio vertido en el ap. 14 de la sentencia del TJUE en el Asunto C-269/95, Francesco Benincasa c. Dentalkit SRL., de 3 de julio de 1997, en que en clarificadoras palabras del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER, la condición de consumidor a la que se refiere el art. 13 del Convenio de Bruselas: «no viene determinada por una situación subjetiva preexistente: una misma persona física puede ser consumidor a unos efectos y empresario a otros. No son, pues, las condiciones personales del sujeto las que importan, sino la posición de tal sujeto dentro de un contrato determinado, en relación con el alcance y finalidad de éste».

Así, frente a la noción legal de consumidor de la LGDCU referida, básicamente, a personas físicas o jurídicas destinatarios finales adquirentes de bienes o servicios, las Directivas comunitarias de protección a los consumidores establecen en general (salvo el caso de las Directivas de viajes combinados, como luego se verá) una noción de consumidor como persona física que actúa con fines ajenos a su actividad profesional. Puede decirse, por tanto, que la noción de consumidor establecida en la LGDCU difiere de la utilizada habitualmente en las Directivas comunitarias.

Ciertamente, existe una diferencia evidente entre los criterios utilizados para definir al consumidor en sentido estricto. Mientras la LGDCU recogía a los consumidores como destinatarios finales de los bienes o servicios que adquieren, las Directivas consideran consumidores a quienes realizan una actuación ajena a cualquier forma de actividad empresarial o profesional. Pese al contraste entre ambos planteamientos, en ambos se trata de delimitar con criterios convergentes lo que es un consumidor en sentido estricto. Aunque hay que reconocer, que el criterio utilizado en las Directivas es más sencillo a los efectos de su aplicación práctica.

Sin embargo, donde la disparidad se evidencia es en las Directivas que consideran como consumidores solamente a las personas físicas, ya que la LGDCU incluye en la noción de consumidor también a las personas jurídicas (desde el punto de vista de la noción de consumidor incorporada a las Directivas es difícil imaginar una persona jurídica que realice una actuación ajena a una actividad empresarial o profesional, puesto que, por definición, la persona jurídica tendrá que actuar de acuerdo con el marco fijado estatutariamente)⁴⁶.

⁴⁶ Esta noción aparece en la Directiva 1985/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. Dispone en su art. 2 que se entiende por consumidor «toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional». En la Directiva 1987/102/CEE, de 22 de diciembre, sobre Crédito al Consumo también se entiende como consumidor a «la persona física que en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión». En la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se entiende igualmente por consumidor a «toda persona física que en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». Igualmente en la Directiva 1997/7/CEE, de 20 de mayo, en materia de contratos a distancia se considera consumidor a «toda persona física que en los contratos contemplados

Con todo, lo que plantea auténticos problemas en nuestro ordenamiento jurídico, es que la noción de consumidor de la LGDCU que incluye las personas jurídicas no puede ser aplicada en las leyes que trasponen Directivas donde se refiere, exclusivamente, a las personas físicas. Así resulta de forma expresa de la STJUE de 22 de noviembre de 2001 (Caso Cape/Idealservice) en cuyo fallo se declara: «El concepto de consumidor, tal como se halla definido en el art. 2., letra b, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas».

Este planteamiento del Tribunal de Justicia es perfectamente compatible con el principio según el cual las normas de protección de consumidores de la Unión Europea son normas de mínimos (tal como prevé el art. 153.5 del Tratado), por cuanto el dato de que los derechos concedidos puedan ampliarse por los legisladores nacionales no permite, sin embargo, ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones legales comunitarias, que es lo que se haría si se extendiera la noción del consumidor de las Directivas a supuestos no previstos en ellas.

Es decir, conforme a la doctrina del Derecho comunitario, el ámbito de aplicación de las Directivas debe mantenerse en todo caso, sin perjuicio de que los legisladores nacionales puedan otorgar mayores derechos que los previstos en la Directiva correspondiente.

Todo ello al margen de que, como demuestra la Directiva, de 11 de mayo de 2005, sobre las prácticas comerciales desleales, se está abandonando *de facto* el criterio de que las Directivas de protección de los consumidores sean Directivas de mínimos, puesto que con ese planteamiento es imposible suprimir los obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios.

De esta manera, como declara en su preámbulo la Directiva, lo que se pretende con ella es suprimir las disparidades que provocan incertidumbre en cuanto a cuáles son las normas nacionales aplicables a las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores y crean numerosas barreras que afectan a las empresas y a los consumidores (Considerando 4). No se olvide, a estos efectos, que el principio de protección mínima no rige para las medidas de protección de los consumidores que se adopten «en el marco de la realización del mercado interior» (art. 153.3.a del Tratado, en relación con los apartados 4 y 5 del mismo artículo).

Hay que señalar, sin embargo, que es lamentable la interpretación que de la

en la presente Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». Y en la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores también se entiende por consumidor a «toda persona física que en los contratos a distancia actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional o comercial». Por último, como ya se ha citado anteriormente, en la 2005/29/CEE, de 11 de mayo de 2005 sobre prácticas comerciales desleales también se define al consumidor como «cualquier persona física que en las prácticas comerciales contempladas en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión».

noción de consumidor como persona física hace la STS, de 21 de septiembre de 2004 (Caso Cooperativa de Agricultores de Gijón), donde invocando la sentencia mencionada del TJUE, de 22 de noviembre de 2001, llega a la equivocada conclusión de que todas las personas físicas tienen la consideración de consumidores, ignorando por tanto, que la sentencia del Tribunal de Justicia se limitaba a determinar si podían ser consumidores las personas jurídicas, llegando a una conclusión negativa al respecto.

Lo que es absolutamente erróneo es ignorar que consumidor es una persona física, pero siempre que concurra el requisito adicional de que esa persona actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

No cabe olvidar que, precisamente, la calificación como consumidor sirve al legislador para otorgarle una especial protección en sus relaciones con los empresarios o profesionales para intentar equilibrar la distinta capacidad de negociación que unos y otros tienen en el mercado.

Por supuesto, en una relación en la que una de las partes puede ampararse en su consideración como consumidor, la parte empresarial o profesional la que ha de cargar con la prueba de que la otra parte contratante no ostente tal condición, demostrando al efecto que esa persona ha actuado dentro de su ámbito de actividad empresarial o profesional. A tal efecto, serán relevantes los datos externos con que se ha presentado frente al empresario o profesional la parte que pretenda ser tratada como consumidor.

Así, si en sus comunicaciones escritas ha utilizado algún tipo de mención que ponga de manifiesto una actuación empresarial o profesional, esta prueba debe ser, en principio, suficiente para que sea rechazada la condición de consumidor para la operación de que se trate, a no ser que por otras circunstancias concurrentes sea demostrable con criterios objetivos que no podía entenderse que la operación tuviera para esa persona una finalidad empresarial o profesional.

Para resolver esos supuestos es interesante la STJUE, de 20 de enero de 2005, (Caso Johann Gruber) referente a la aplicación de la noción de consumidor del art. 13 del Convenio de Bruselas referente a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones en materia civil o comercial. En el caso planteado se trataba de la compra por un agricultor de una gran cantidad de tejas para techar su granja, en la que un sesenta por ciento de la superficie estaba destinada a su vivienda particular.

Pues bien, según el fallo de esa sentencia: «Una persona que ha concluido un contrato referente a un bien destinado a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en los arts. 13 a 15 del mencionado Convenio (Convenio de Bruselas), salvo si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel despreciable en el contexto global de la operación de que se trate, de tal forma que el aspecto extraprofesional que predomine no tendrá incidencia a estos efectos».

Por lo tanto esta doctrina, cuando una operación sirva simultáneamente a fines profesionales y extraprofesionales el adquirente del bien ostentará la condición

de consumidor solo si el uso profesional al que está destinado el bien carece de peso específico en la operación.

Esta noción de consumidor en concreto, es relevante en relación con operaciones jurídicas determinadas en las que la otra parte sea un empresario o profesional. Así resulta, con claridad, de lo establecido en las Directivas, aunque lamentablemente ese requisito de que la otra parte en la relación jurídica con el consumidor sea un empresario o profesional, no aparece explicitada en la LGDCU.

Y este dato es absolutamente fundamental, puesto que la noción de consumidor en concreto carece de efectos jurídicos cuando la otra parte en la relación jurídica no sea un empresario o profesional, y se vincula indisolublemente al texto normativo en el que está incluida, pues esa noción legal sirve para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma en beneficio de los consumidores.

Por ello, porque el ámbito de protección pretendido es distinto en las diversas leyes, también puede variar la noción legal del consumidor en cada una de ellas. Así acontece en las Directivas de protección de los consumidores, cuyo marco normativo está constituido, ante todo, por la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990⁴⁷ relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

A consecuencia de ello, los viajes turísticos, o viajes vacacionales, gozan en nuestro derecho interno de un régimen jurídico especial consagrado como se ha dicho en la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados (LVC), aplicable desde el 7 de octubre de 1995 hasta el 1 de diciembre de 2007, en que ha entrado en vigor el nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLUCU).

Este Texto Refundido, trata de codificar la protección de los consumidores, integrando con extraordinaria fidelidad el articulado de la LVC en el Libro Cuarto en los artículos 150 a 165⁴⁸; modificado como ya se ha dicho por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

La evolución del principio de defensa de los consumidores se aprecia claramente respecto del concepto de consumidor. Es la tendencia a la amplitud que en el Derecho moderno adquiere la noción de consumidor y al progresivo proceso de expansión de la realidad protegida. No obstante, con razón señala SÁNCHEZ BLANCO que el consumidor como categoría social y como categoría jurídica, no ha sido contemplado hasta fechas recientes⁴⁹.

Desde el punto de vista económico, el consumidor es aquel sujeto que

⁴⁷ DO nº L 158, de 23 de junio.

⁴⁸ Vid., *Manual sobre Protección de los Consumidores y Usuarios*, LASARTE ALVAREZ, C. 3ª edición, revisada por MORETON SANZ, M^a. F. Madrid, Dykinson 2007.

⁴⁹ Vid., SÁNCHEZ BLANCO, A. «El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial», *RAP*, 85, 1978, pág. 93.

adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares.

En el campo del Derecho, es tradicional distinguir entre un concepto jurídico y un concepto material⁵⁰. *Consumidor jurídico* es el contratante que adquiere el bien, producto o servicio. *Consumidor material* es el que utiliza, usa o disfruta los bienes, productos o servicios adquiridos.

El consumidor material puede o no coincidir con el jurídico. Cuando ambas cualidades coinciden en una misma persona, no existen especiales problemas para su protección.

En cambio, cuando no se produce tal coincidencia, habrá que estar a la legislación específica. Por regla general, la defensa de los consumidores opera sobre la figura del consumidor jurídico, aunque en determinadas leyes se protege también al consumidor material (v. gr. Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, hoy en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)⁵¹.

Llegados a este punto, conviene determinar qué protección recibe el consumidor concreto. A este interrogante se puede responder afirmando que el Derecho le otorga una *protección general* y una *protección especial*. La protección general es aquella establecida para todo tipo de consumidor. La protección especial será aquella aplicable al ámbito o sector en el que contrate⁵².

Esto lo podemos observar claramente en la protección del turista o usuario turístico. El turista goza de todos los derechos de los consumidores y

⁵⁰ Vid, FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. *Ámbito subjetivo*, en REYES LÓPEZ, M. J. *Derecho de consumo*, Valencia, 1999, págs. 93 a 108, BOTANA GARCÍA, G. *Noción de consumidor*, en BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, págs. 28 a 42.

⁵¹ El 30 de noviembre de 2007, se publicó en el BOE el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2007 ordenación que ha supuesto la derogación de las siguientes disposiciones: 1. Los arts. 48 y 65.1, letras n) y ñ) y la disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Igualmente se derogan, en la disposición final única de la Ley 7/1996, de 15 de enero, las menciones que se realizan al art. 48 y la disposición adicional primera, en su párrafo primero, e íntegramente su último párrafo. No obstante, la regulación sobre contratos a distancia contenida en la norma citada anteriormente queda vigente para la regulación de las relaciones empresariales. 2. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. 3. La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles. 4. La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos. 5. La Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados. 6. La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

⁵² La atribución al turista de un conjunto de derechos permite a BLANQUER, D. (*Derecho del Turismo*, Valencia, 1999, págs. 224-225) distinguir entre un *estatuto básico del turista* (estatuto común de los consumidores y usuarios) y un *estatuto del turista de calidad* (reconocimiento de nuevos derechos cuyo denominador común es la aspiración a un turismo e calidad).

usuarios⁵³, pues es un consumidor especialmente necesitado de protección⁵⁴, con una posición singularmente débil.

Por ello, necesita una específica protección jurídica como consumidor añadida a la general⁵⁵.

Dado el complejo espectro de relaciones que se pueden derivar de la actividad turística, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, los mecanismos de resolución de los conflictos que surgen de este contexto son variados.

En primer lugar, la actividad de la Administración (normas de desarrollo, licencias, disciplina turística, actividad de control y protección del medio ambiente, entre otros) se encuentra sometido al control de los Tribunales.

En segundo lugar, dado el carácter de las relaciones entre las empresas turísticas y los usuarios turísticos, que no son sino una especialidad del Derecho de los consumidores y usuarios, se prevé un mecanismo de arbitraje específico en materia de turismo⁵⁶.

Dicho mecanismo se vincula al Sistema Arbitral de Consumo, pero manteniendo ciertas especialidades, como que los árbitros habrán de nombrarse atendiendo a su conocimiento en el ámbito del turismo y sus resoluciones, los laudos, tendrán carácter vinculante y definitivo.

Ello significa, que las partes han de aceptar su contenido, que abarca no solo la mejor solución posible, sino también los mecanismos necesarios para ello⁵⁷.

⁵³ Arts. 15.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del Turismo en Canarias; 22 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de ordenación del Turismo de Cantabria; 16 de la Ley 10/1997, de 16 de diciembre, del Turismo en Castilla y León; 48.1 e) de la Ley 2/1997, de 20 de marzo, de Turismo de Extremadura; 18.2 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del Turismo en Galicia; 38.2 de la Ley 2/1999, de 24 de marzo, General Turística de las Islas Baleares; 8 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, y 17.Uno.6 de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de la Comunidad Valenciana.

⁵⁴ QUINTANA CARLO, I. *La protección del consumidor como turista, Estudios sobre Consumo*, 2, 1984, pág. 66.

⁵⁵ ALCOVER GRAU, G. *Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de turismo, Estudios sobre Consumo*, 18, 1990, pág. 64.

⁵⁶ G. ALCOVER GRAU, indica que de forma inmediata, los turistas requieren medidas de seguridad y protección jurídica específica al encontrarse ante problemas de seguridad ciudadana, de salud, de transportes, de litigios, entre otros. Y, como razones esenciales, señala dos factores de indefensión propios que deben ser corregidos: su falta de información y su dificultad para reclamar. En definitiva, el turista necesita un régimen especial de protección al encontrarse desplazado de su lugar de residencia habitual. De tal manera que los distintos Derechos autonómicos han establecido un auténtico "*Estatuto del Turista*".

⁵⁷ V.gr. art. 74 y ss. Ley de Cantabria 5/1999, de 24 de marzo (BOC 26 marzo 1999), de Ordenación del Turismo de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CAPITULO SEGUNDO

I. REFERENCIA AL ARBITRAJE PRIVADO EN EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA

Las primeras referencias en el Derecho Europeo, lo son con carácter general al arbitraje privado como medio de arreglo de diferencias más habitual en el comercio internacional entre las empresas, lo que indudablemente habrá de afectar al consumo y muy especialmente al consumidor. Así, el Derecho europeo de la competencia tiene una creciente importancia para el mundo empresarial, siendo esta experiencia extrapolable, como posteriormente sucederá al el arbitraje de consumo. No cabe, pues, extrañarse de que las propias instituciones comunitarias, tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE y órganos arbitrales, se esfuercen por alcanzar soluciones satisfactorias a los múltiples problemas que surgen de las relaciones del arbitraje con el mundo empresarial, con las dificultades jurídicas tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma, lo que habrá de conocerse para su aplicación cuando fuere preciso al arbitraje de consumo, en que una de las partes en el conflicto será necesariamente empresario.

Los estudios sobre las relaciones entre el arbitraje privado internacional y el Derecho comunitario han puesto, habitualmente, de relieve apoyándose en particular en los originarios arts. 181, 182 y 220 del Tratado de Roma (actuales arts. 238, 239 y 293 TCE), que la Comunidad Europea surgió con una disposición favorable a dicho medio de arreglo de controversias, aunque, durante décadas, la entonces Comunidad no articulase de forma adecuada esa predisposición nominal⁵⁸.

Cabe distinguir dos supuestos. Según el primero de ellos, un árbitro puede verse en la tesitura de tener que aplicar Derecho comunitario -en especial, sus normas sobre libre competencia (arts. 81 y 82 TCE y el Derecho derivado)- en el curso de un procedimiento arbitral entre dos empresas.

⁵⁸ Vid., P. BONASSIES, «Arbitrage et droit communautaire», en *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulois*, Paris, 1991, págs. 21 ss.; J.-J. BURST, «L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes», *Rev. arb.*, 1979, págs. 105 ss.; L. GOFFIN, «L'arbitrage et le droit européen», *Rev.int.dr.comp.*, 67, 1990, págs. 315-338; P. L. HETSCH, «L'arbitrage en droit communautaire», *Bull. CIA, CCI*, vol. 6, núm. 2, nov. 1995, págs. 46-58; L. IDOT, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev.dr.aff.int.*, 1996, págs. 561-591; R. KOVAR, «La participation de la Communauté aux conventions internationales», *AFDI*, 1975, págs. 903 y ss.; A. Mc CLELLAN, «Le rôle de l'arbitrage commercial et le droit communautaire dans la perspective de 1992», *Revue de droit international et de droit comparé*, 67, 1990, págs. 301-314; X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, págs. 349-403; J. ROBERT, «De la place de l'arbitrage dans le jeu des Traités instituant les communautés européennes», *Rev. arb.*, 1964, págs. 111 y ss., y *Rev. arb.*, 1965, págs. 3 y ss.; *Id.*, «Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire», *Rev. arb.*, 1966, págs. 23 y ss.; C.M. SCHMITTHOFF, «Arbitration and EEC Law», *C.M.L.Rev.*, 24, 1987, págs. 143-157. Recientemente, *ad ex.*, M. GÓMEZ JENE, «Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenmarkt», *IPRax*, 2/2005, págs. 84-93.

Conforme al segundo supuesto, menos frecuente que el anterior, se puede pretender que una institución comunitaria actúe como árbitro para dirimir una determinada diferencia entre las partes de un litigio o bien puede ocurrir que sea la propia UE la que intervenga como parte en un procedimiento arbitral⁵⁹.

1. Arbitrabilidad de las controversias

Técnicamente, desde un punto de vista subjetivo, la arbitrabilidad no es otra cosa que el derecho de las partes de someter una controversia a un órgano arbitral (la arbitrabilidad como un derecho subjetivo de los sujetos jurídicos)⁶⁰ o, si se prefiere, desde un punto de vista objetivo, la posibilidad de plantear, para su resolución, un asunto jurídico a un tercero imparcial libremente designado por las partes en vez de a un órgano judicial establecido por el Estado (la arbitrabilidad como facultad de un tribunal arbitral para conocer y resolver una diferencia)⁶¹.

Se trata, en todo caso, del anverso y reverso de un mismo fenómeno jurídico: la atribución con plena efectividad del arreglo de diferencias a una instancia vinculante para las partes y alternativa a la administración estatal de justicia.

El estudio del Derecho comparado evidencia que, de ordinario, el arbitraje solo es posible si se trata de controversias de carácter patrimonial (*caractère patrimonial du litige, claims of economic or financial interest*), en los que hay libre disponibilidad de derechos (*libre disponibilité des droits, freely disposable claims*), o de asuntos que no están regulados por normas de orden público (*a mandatory statutory provision*), o que no son competencia exclusiva de las autoridades estatales (*competence exclusive des autorités étatiques*)⁶².

Cualquiera de estos criterios es lo suficientemente amplio para necesitar que los respectivos tribunales nacionales concreten, casuísticamente, qué tipo de diferencias son arbitrables.

Ahora bien, presenta consecuencias peores a la insatisfacción conceptual o inseguridad jurídica generable por cualquiera de las tres fórmulas mencionadas, el hecho -también demostrable por el Derecho comparado- de que subsisten grandes diferencias entre los ordenamientos jurídicos tanto

⁵⁹ STJCE 17 de marzo de 2005, *Comisión/AMI Semiconductor Belgium BVBA y otros*, C-294/02: Cláusula compromisoria - Designación del Tribunal de Primera Instancia.

⁶⁰ J. D. M. LEW/L. A. MISTELIS/S. M. KRÖLL, *Comparative Internacional Comercial Arbitration*, The Hague, 2003, pág. 187.

⁶¹ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Paris, 2001, pág. 26; A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, 1988, pág. 37; B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité», *Rec. Cours*, 2002, t. 296, págs. 40 y 42-43; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, pág. 25.

⁶² W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, págs. 101-114 y 119-123; B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité», págs. 107-115; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international...*, págs. 27-149.

desde la perspectiva del Derecho material (si una concreta cuestión es arbitrable o no) como desde la perspectiva del Derecho conflictual (la determinación de la ley aplicable a la cuestión de la arbitrabilidad objetiva).

La determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva suscita dos cuestiones: quién puede plantearla (si solo la parte o, ante el silencio de ésta, puede suscitarse por el árbitro *de oficio*) y cuál es el ordenamiento jurídico que la rige. Esta última cuestión puede depender de que se plantee ante el tribunal arbitral o ante un tribunal estatal al que se le ha sometido esta cuestión, bien de modo concurrente o en el marco de una acción de anulación del laudo arbitral o de obtención del *exequátur*.

Se acostumbra a oponer la ley rectora del convenio arbitral a la ley de la sede del arbitraje o, incluso, a leyes extranjeras, en particular del lugar de ejecución de la sentencia arbitral⁶³ (v. gr. la sentencia CCI núm. 4604/1984)⁶⁴. El supuesto se trataba de un tribunal arbitral con sede en Suiza, al que el demandado invocó que la diferencia era inarbitrable en virtud del Derecho italiano, tanto si se tomaba en consideración el art. 85 (actual art. 81) del Tratado de Roma como si los que se apreciaban eran los arts. 1.379 y 2.596 del Código civil italiano. El tribunal no solo consideró que el litigio era arbitrable conforme al Derecho de la sede del tribunal arbitral, sino que, además, advirtió que, a diferencia de lo sostenido por una de las partes, el Derecho italiano no se oponía a la solución por vía arbitral de aquella controversia. Este último ordenamiento jurídico, en dicho caso, no tenía más título de aplicación que el de ser una ley extranjera y, en particular, la ley del probable lugar de ejecución de una eventual sentencia de condena.

Por otra parte, el problema de la arbitrabilidad del litigio -como ha subrayado, entre otros, B. HANOTIAU- puede plantearse en cuatro distintos momentos procesales: Ante el tribunal arbitral al que se pretende someter la contienda entre las partes; ante un tribunal estatal al que se le pide que resuelva si la oposición de la parte demandada basada en la no arbitrabilidad del litigio se ajusta a Derecho; ante el órgano judicial nacional al que se le solicita la anulación de un laudo arbitral dictado en dicho asunto, carente de arbitrabilidad según el ordenamiento competente declarado aplicable por dicho tribunal estatal, o, finalmente, ante el tribunal estatal que, bien a instancia de parte o bien de oficio, debe verificar si un laudo arbitral extranjero reúne los presupuestos necesarios para obtener su reconocimiento y ejecución⁶⁵.

Es relevante por cuanto habrá de afectar al consumidor, pues generalmente se consideró que los tribunales arbitrales no podían pronunciarse sobre la ilicitud

⁶³ B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité», págs. 62-93; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international*, págs. 151-178; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 2002, págs. 69-145.

⁶⁴ *Clunet*, 1985, págs. 973-981, con nota de Y. DERAIS, reveló un caso de *false conflict*.

⁶⁵ Vid., *Competition and Arbitration Law*, Institut de la CCI, Paris, 1992; B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité», pág. 44; G. VAN HECKE, «Arbitrage et restrictions de la concurrence», *Rev. arb.*, 1973, págs. 143-153; *Id.*, «Arbitrage et règles de concurrence», *Rev. arb.*, 1978, págs. 191-195.

de un comportamiento respecto del Derecho de la competencia; porque -se señalaba- estas normas tienen el carácter de imperativas o de orden público tanto en la UE como en los Estados miembros⁶⁶.

«*El Derecho de la competencia, es una disciplina híbrida que toma prestadas sus características del Derecho civil, del Derecho penal y del Derecho administrativo y que, a menudo, recurre [...] a una autoridad especializada para sancionar los comportamientos anticompetitivos. El fin del Derecho de la competencia es preservar la competencia en una economía de mercado. Es por lo que, en Derecho de la competencia, el orden público tiene por función limitar la libertad de los agentes económicos con objeto de mantener una competencia sana y efectiva*»⁶⁷.

Incluso en los Estados Unidos, la jurisprudencia se inclinó por la no arbitrabilidad de las acciones basada en el Derecho *antitrust*, apoyándose en el efecto de los comportamientos colusorios sobre los terceros y sobre la economía en su conjunto, la complejidad de este tipo de litigios o una mejor posibilidad de protección de la parte más débil o de reunir en un proceso los elementos de prueba necesarios para acreditar este tipo de infracciones.

Según un célebre *dictum* del Tribunal de apelación del segundo circuito en *American Safety Equipment Corp. v. McGuire & Co.* (1968), se argumentaba que: «*Una demanda en materia de leyes antitrust no es únicamente un asunto privado. La Sherman Act está instaurada para promover el interés nacional en una economía competitiva; de tal manera que la parte que invoca sus derechos en función de la Act es equiparada al Attorney general que protege el interés público. Las violaciones del Derecho antitrust pueden afectar a centenas de miles, quizás millones de personas e infligir un asombroso daño económico. No pensamos que haya estado en las intenciones del Congreso que tales demandas sean resueltas además más que ante los tribunales*»⁶⁸.

Se trataría, en definitiva, de una cuestión de *arbitrabilidad de la diferencia*. Un laudo arbitral carecería, por consiguiente, de valor legal y no podría ser ejecutado. Las partes, sin embargo, suelen acudir a un órgano arbitral en materias -*ad ex.*, contratos de distribución comercial- sometidas al Derecho de la competencia, ya sea con motivo de un incumplimiento contractual o para liberarse de una obligación contractual, generalmente en relaciones verticales (la denominada *Euro-Defence* o *Euro-defense Einrede*)⁶⁹.

⁶⁶ W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, págs. 16-17 y 32-45; B. GOLDMAN/A. LYON-CAEN/L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5.^a ed., Paris, 1994, pág. 612; X. DE MELLO, «Arbitrage et ordre public national découlant des règles de la concurrence», *Rev. arb.*, 1979, págs. 101 y ss.; J.-H. MOITRY, «Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria?», *Rev. arb.*, 1989, págs. 3-36; A. RIGOZZI, «Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence», *Bull. ASA*, 1999, págs. 455-487.

⁶⁷ J. B. RACINE, *L'arbitrage commercial international*, pág. 98.

⁶⁸ *American Safety v. McGuire*, 391 F.2d 821, 826 (1968). *Vid.*, *ad ex.*, W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence...*, págs. 47-55 y 143-169.

⁶⁹ *Vid.*, J. R. ALLISON, «Arbitration Agreements and Antitrust Claims: The Need for Enhanced

La evolución histórica de la arbitrabilidad ha sido favorable, a lo largo del siglo XX, al arbitraje (el denominado *favor arbitrandum*)⁷⁰.

Efectivamente, dejando a un lado el complejo mundo de las concentraciones de empresas, en la práctica administrativa y judicial, goza de una cierta autonomía, la interpretación defendida por el Prof. B. GOLDMAN que se impuso tanto en las legislaciones estatales como en la práctica arbitral internacional:

- a) En algunos ordenamientos jurídicos (Derecho suizo y alemán), ha sido admitida la arbitrabilidad de las diferencias concernientes al Derecho de la competencia, siempre que las partes se reserven el derecho a recurrir al juez estatal, una vez surgida la controversia (*recurso opcional al juez*)⁷¹.
- b) La Ley federal suiza sobre cárteles, de 20 diciembre 1985, estableció de manera expresa la arbitrabilidad de las materias de Derecho de la competencia, al igual que hizo la nueva Ley de 6 de octubre de 1995⁷². La jurisprudencia suiza ya había confirmado la arbitrabilidad de los litigios relativos al Derecho de la competencia en el asunto *Société G. v. Société V.*⁷³.
- c) El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se inclinó a la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho de la competencia, del no reconocimiento del laudo que ignore esta cuestión y de la aplicabilidad de oficio del Derecho de la competencia, incluso si es un Derecho extranjero el rector del contrato, en *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*⁷⁴,

Accommodation of Conflicting Public Policies», *North Carolina Law Review*, 64, 1986, págs. 219-276, concr. págs. 239 y 258; D. I. BAKER/M. R. STABILE, «Arbitration and Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel», *Bus.Lawyer*, 48, 1993, págs. 395-436, concr. pág. 414; J. BEECHEY, «Arbitrability of Antitrust/Competition Law Issues - Common Law», *Arbitration International*, 12, 1996, págs. 179-189, concr. págs. 179-180; D. GIRSBERGER/U. WEBER-STECHER, «Die Einrede der Wettbewerbswidrigkeit vor schweizerischen Schiedsgerichten», en *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch*, Zürich, 1999, pág. 683; M. R. LEE, «Antitrust and Commercial Arbitration: An Economic Analysis», *St. John's Law Review*, 62, 1987, págs. 1-44, concr. pág. 24; R. B. VON MEHREN, «From *Vynior's Case* to *Mitsubishi*: The Future of Arbitration and Public Law», *Brooklyn Journal of International Law*, 12, 1986, págs. 583-628, concr. pág. 617; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht...*, pág. 202.

⁷⁰ Vid., B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité», pág. 40 ; D. HASCHER, «Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence - Rapport introductif», en *Institute of International Business Law and Practice, Competition and Arbitration Law*, Paris, 1993, págs. 153-165.

⁷¹ Vid., W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, págs. 177-181 y 186-187; M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, 1990, pág. 509.

⁷² M. BLESSING, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, Basel, 1999, pág. 259.

⁷³ Sentencia del Tribunal Federal suizo de 28 abril 1992, *G.S.A./V.S.p.A.*, *Rev. arb.*, 1993, pág. 124, con nota de L. IDOT.

⁷⁴ United States Supreme Court, 2 July 1985, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1986, pág. 555.

jurisprudencia que fue extendida a los arbitrajes internos por una decisión del Tribunal federal de distrito, Distrito de Puerto Rico, de 17 noviembre 1989⁷⁵. El Tribunal reconoció expresamente que para resolver una cuestión de Derecho privado (unas indemnizaciones por daños), puede resultar necesario que un tribunal arbitral aplique o, al menos, tome en consideración unas normas, que tienen las características del Derecho público, y la idea de que, en principio, un litigio es arbitrable, salvo que el Congreso de los Estados Unidos disponga lo contrario en una ley especial. Éste obviamente no era el caso de la *Sherman Act*. La exigencia de dicha ley especial venía impuesta por un dato: la política federal era claramente favorable al arbitraje (473 U.S. 626). La adopción por los Estados Unidos del Convenio de Nueva York de 1958 no hacía sino confirmar esto.

- d) Incluso en Francia, sede de numerosos procedimientos arbitrales, la jurisprudencia acabó admitiendo ampliamente la arbitrabilidad de los litigios relativos al Derecho europeo de la competencia, tras los casos *Almira Films*⁷⁶, *Ganz*⁷⁷, *Labinal*⁷⁸, *Velero*⁷⁹ y *Aplix*⁸⁰.
- e) Por su parte, la jurisprudencia italiana también apostó por la arbitrabilidad de la controversia, cuando ésta sea relativa al Derecho de la competencia.⁸¹
- f) Finalmente, la jurisprudencia sueca admitió que los árbitros, a la hora de dictar sus laudos, deban tener en cuenta las normas que protegen intereses públicos para, así, evitar que éstos puedan ser recurridos por contravenir los principios de orden público⁸².

⁷⁵ *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1991, pág. 637. Vid. W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence.*, págs. 125-126; J.P. MC GRATH, «Son of Mitsubishi - Arbitration of Domestic Antitrust Disputes», *Brooklyn Journal of International Law*, 12, 1986, págs. 693-702.

⁷⁶ Decisión de la Corte de Apelación de París de 16 febrero 1989, *Almira Films*, *Rev. arb.*, 1989, pág. 711, con nota de L. IDOT. Vid., Ch. JARROSON, «L'arbitrage et le droit de la concurrence», *Rev. arb.*, 1990, págs. 947-951.

⁷⁷ Decisión de la Corte de Apelación de París de 29 marzo 1991, *Ganz*, *Rev. arb.*, 1991, pág. 478, con nota de L. IDOT.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de París de 19 de mayo de 1993, *Labinal*, *Rev. arb.*, 1993, pág. 645, con nota de Ch. JARROSON, y *Clunet*, 1993, pág. 957, con nota de L. IDOT.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de París de 14 de octubre de 1993, *Velero*, *Rev. arb.*, 1994, pág. 164, con nota de Ch. JARROSON.

⁸⁰ Decisión de la Corte de Apelación de París de 14 de octubre de 1993, *Aplix/Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, pág. 164, con nota de Ch. JARROSON.

⁸¹ Decisión de la Corte de Apelación de Bolonia de 14 de octubre de 1991, *Yearbook*, 1993, pág. 422. Vid., *ad ex.*, N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht*, págs. 58-60.

⁸² Decisión T 4366-02 de la Corte de Apelación del Oeste de Suecia, 29 de diciembre de 2003, *Dirland Télécom SA v. Viking Télécom AB*. Vid. G. BLANKE, «The Role of EC Competition Law in International Arbitration: a Playdoyer», *Eur.Bus.L.Rev.*, vol. 16, 1, 2005, pág. 173.

En definitiva, cabe afirmar que con carácter general, las disputas sobre el Derecho de la competencia que tanto habrán de afectar a los consumidores, son arbitrables.

Como pusieron de relieve D. I. BAKER/M. R. STABILE, cabría distinguir cuatro grupos de casos típicos de arbitraje privado internacional⁸³:

1º.) Aquellos en los que las partes instauran entre ellas una alianza especial con finalidad cooperativa y carácter permanente (*partnership disputes*): Contratos de distribución comercial, acuerdos de transferencia de tecnología en sentido amplio (contratos de licencia de patentes, contratos de *know how*) y contratos de constitución de filiales comunes (*joint ventures*).

2º.) Conflictos entre compradores y vendedores acerca de sus obligaciones recíprocas, especialmente en el marco de restricciones verticales, negativa de ventas o reproches de abuso de posición dominante.

3º.) Disputas en el marco de relaciones, asociaciones o uniones especiales acerca de cooperación con terceros en violación de lo pactado.

4º.) Disputas entre empresas competidoras entre las que no existe ninguna relación jurídica especial.

En principio, como señalan estos autores, solo los dos primeros grupos serían adecuados para una solución de diferencias arbitral. Existe una buena razón para llegar a esta conclusión. Dado que el arbitraje requiere el acuerdo entre las partes, es poco probable que en los dos últimos grupos de casos -en los que no existe una relación contractual entre los eventuales litigantes- éstos pacten el recurso a un procedimiento arbitral, en vez de acudir directamente a la Comisión, a las autoridades nacionales de defensa de la competencia o a los tribunales estatales.

No obstante, no hay que olvidar que:

- 1) Un árbitro no puede considerarse una autoridad nacional, porque no administra justicia en nombre de un Estado⁸⁴.

Es ésta una cuestión de extrema importancia, que explica, en parte, la desconfianza que algunos juristas experimentan ante la posibilidad de que los árbitros puedan resolver cuestiones relacionadas con el Derecho de la competencia⁸⁵.

⁸³ D. I. BAKER/M. R. STABILE, *Arbitration and Antitrust Claims*, págs. 395-436, concr. págs. 398-399.

⁸⁴ STJCE 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, Rec. 1982, pág. 1.095, apartado 13. *Vid., ad ex.,* W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, pág. 18.

⁸⁵ H. G. GHARAVI, «EC Competition Law and the Proper Scope of Arbitration», *Arbitration*, 63, 1987, págs. 59-66, concr. págs. 65-66; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrecht*, concr. págs. 212, 233 y

Pero es también una interrogante parcialmente también superada: La experiencia del arbitraje privado internacional pone de relieve que los árbitros han recurrido frecuentemente al Derecho de la competencia y, además, han obrado diligentemente, sin que se haya desencadenado, por ello, el desprestigio global del arbitraje temido por un sector doctrinal o ese *kiss of death for international arbitration* anunciado por algún autor (J. WERNER).

Con todo, el hecho de que el árbitro no sea una autoridad estatal, sino un particular que administra justicia en nombre de las partes que lo han designado no es, de ninguna manera, un dato baladí; puesto que explica:

- a) El problema del argumento *venire contra factum proprium*. A un árbitro puede resultarle escandaloso -ha observado, entre otros, N. SPIEGEL- que una empresa solicite que se declare, en favor suyo, la nulidad de un contrato, alegando que vulnera el Derecho antitrust, cuando probablemente fue ella misma la que propuso la entente que se encuentra en el origen de la denuncia y la ha realizado durante años. En consecuencia, el árbitro puede sentirse inclinado a no aplicar el Derecho de la competencia, basándose en viejos principios jurídicos como *nemo propria turpitudinem suam, par in pari* o *venire contra factum proprium*.

Por el contrario, para un juez está claro -y debiera estarlo también para un árbitro- que la competencia es una política que protege un interés público, no solo intereses particulares, y que, por consiguiente, debe declararse *de oficio* la nulidad de un acuerdo contrario al Derecho *antitrust*, cualquiera que haya sido el comportamiento de las partes que hayan participado en él, antes o durante el procedimiento judicial o arbitral.

- b) Las dificultades con que, a veces, tropieza la práctica de la *prueba*. En muchos procedimientos arbitrales, se deja de aplicar el Derecho de la competencia; porque no consiguen probarse los comportamientos anticompetitivos. Es cierto que esta dificultad no es privativa de los procedimientos arbitrales: esencialmente, es la misma que tienen que afrontar los tribunales civiles estatales⁸⁶. No obstante, los jueces disponen de medios coercitivos de obtención de pruebas (*ad ex.*, la *pre-trial discovery*), de los que los árbitros carecen. Como ha afirmado H. G. GHARAVI, los tribunales arbitrales internacionales están pobremente equipados (*poorly equipped*) para la tarea de encontrar los hechos.

265; E. STEINDORFF, «Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit», *WuW*, 1984, págs. 189-200, conr. págs. 190, 197 y 199; L. VOLLMER, «Verfassungsrechtliche Grenzen der Kartellschiedsgerichtsbarkeit», *WuW*, 1969, págs. 421-434, conr. pág. 591; J. WERNER, «Application of Competition Law by Arbitrators: The Step Too Far», *Journal of International Arbitration*, 1995, 1, págs. 21-26, conr. págs. 24-25.

⁸⁶ L. IDOT, «Arbitrage et droit communautaire», págs. 561 y ss., conr. pág. 576.

- c) Los impedimentos que encuentra la cooperación de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados con los órganos arbitrales. Aunque la generalidad -no la totalidad- de la doctrina defiende una estrecha colaboración de autoridades judiciales o administrativas estatales con los órganos arbitrales, a los que se les exige que aplique correctamente el Derecho de la competencia, lo cierto es que, hoy por hoy, dicha colaboración es escasa, supone trabajo y ninguna compensación para los tribunales u órganos administrativos estatales y, en todo caso, no es vinculante para el órgano arbitral.

Por el contrario, la conciencia de que vivimos en una economía globalizada, que los comportamientos de las empresas no se detienen en las fronteras de los Estados y que una cooperación interestatal es recíprocamente beneficiosa, ha favorecido una política de cooperación internacional en materia de libre competencia, cuyos logros son, por el momento, muy desiguales⁸⁷.

- d) Las limitaciones de la eficacia de un eventual laudo futuro frente a terceros (*Das Aussenseiterproblem*). Como una consecuencia más del origen contractual del arbitraje, el órgano arbitral carece de facultades para obligar en el procedimiento arbitral a quienes no están obligados por el acuerdo arbitral y para imponerles el cumplimiento del eventual laudo. Para dichos sujetos (terceros *outsiders*) el acuerdo o compromiso arbitral, el procedimiento y el laudo arbitral no son más que *res inter alios acta*, que no les beneficia ni les perjudica. La única manera de llevarles ante un tercero imparcial es recurrir a los tribunales estatales. Pero esta

⁸⁷ D. BAETGE, «Competition law and perspectives for harmonisation», *Uniform Law Review*, 9, 3, 2004, págs. 501-510; C. CANENBLEY/M. ROSENTHAL, «Co-operation between antitrust authorities in - and outside the EU: what does it mean for multinational corporations? Part 1», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 2, 2005, págs. 106-114; C. CANENBLEY/M. ROSENTHAL, «Co-operation between antitrust authorities in-and outside the EU: what does it mean for multinational corporations? Part 2», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 3, 2005, págs. 178-187; Ch. DAMRO, «Multilateral competition policy and transatlantic compromise», *European Foreign Affairs Review*, 9, 2, Summer 2004, págs. 269-287; M.^a P. DÍAZ CREMADES, «Los elementos de un posible (?) Acuerdo Multilateral de Competencia. Crónica de unas negociaciones que siguen», *Not.U.E.*, núm. 242, 2005, págs. 33-44; J. DREXL, «International competition policy after Cancún: placing a Singapore issue on the WTO development agenda», *World Compet.*, 27, 3, 2004, págs. 419-457; *Id.*, «WTO und Kartellrecht: zum warum und wie dieser Verbindung in Zeiten der Globalisierung», *ZWER*, 2, 2, 2004, págs. 191-249; A. HEINEMANN, «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence», *Rev.int.dr.écon.*, 18, 3, 2004, págs. 293-324; Chr. B. HÜSKEN, «Die soziale Funktion des Wettbewerbs: Bedarf es eines fusionskontrollrechtlichen Regulierungssystems der WTO in Anlehnung an nationalstaatliche Regulierung?», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 7, 4, 2004, págs. 605-624; U. IMMENGA, *Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus*, Halle (Saale), 2004; M. PALLEK, «L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence», *Cah.dr.eur.*, 40, 1-2, 2004, págs. 95-155; G. ROEBLING, «The launch of the new ICN Cartel Working Group», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 2, págs. 28-30; E. DE LA SERRE, «L'assistance judiciaire américaine au soutien d'une plainte en droit communautaire de la concurrence», *Rev.dr.aff.int.*, 2005, 1, págs. 35-53; J. H. SHENEFIELD, «Coherence or confusion: the future of the global antitrust conversation», *Antitrust Bull.*, 49, 1-2, Spring-Summer 2004, págs. 385-434; R. WEINRAUCH, *Competition Law in the WTO: the rationale for a framework agreement*, Wien, 2004.

solución tiene serios inconvenientes: El riesgo de dos -o más- procedimientos paralelos, al menos uno de ellos arbitral, sobre el mismo asunto y el posible pronunciamiento de resoluciones contradictorias. Para evitar este problema se ha sugerido la abstención de los árbitros en este tipo de asuntos y la sumisión de todas las posibles acciones a los tribunales estatales (el denominado *principio de indivisibilidad*).

- 2) Además, al menos, no parece probable que, en caso de acuerdos que supongan una concentración económica, quepa la actuación de un órgano arbitral. Hay una buena razón para esto: tanto las legislaciones internas como el Derecho comunitario prevén un procedimiento administrativo especial y previo para la autorización de las operaciones de concentración empresarial. En él, suelen debatirse todas las posibles cuestiones jurídicas que puedan interesar al Derecho de la competencia⁸⁸.

2. Práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria en la «era del Reglamento núm. 17»

Al margen de la evolución experimentada por las legislaciones nacionales, y ante la extraordinaria importancia del arbitraje como medio de arreglo de las controversias en el comercio internacional y el enorme apogeo experimentado por el Derecho europeo, las instituciones de la Unión, en diversas ocasiones, estando aún vigente el Reglamento núm. 17, se han visto obligadas a enfrentarse a las relaciones entre ambos:

- a) Así, la Comisión reaccionó frente al mecanismo arbitral previsto, cuando temió que sirviese para eludir las obligaciones derivadas del Derecho europeo y consideró una infracción del art. 81.1 TCE varias disposiciones del reglamento general de una asociación de empresas de Ámsterdam -la *Centraal Bureau voor de Rijkswielhandel*-, que regulaba de manera detallada la distribución y el servicio postventa de bicicletas y artículos conexos en Holanda, y que, entre otros extremos, excluía la jurisdicción civil ordinaria en tanto que el procedimiento tuviese por objeto la aplicación de la interpretación de las disposiciones de su Reglamento general. La *Centraal Bureau voor de Rijkswielhandel* (CBR) era una asociación con sede en Ámsterdam que agrupaba a fabricantes, mayoristas e intermediarios de bicicletas, piezas y accesorios de éstas, a los minoristas y reparadores de bicicletas y los comerciantes de artículos para bicicletas. Esta asociación de empresas tenía como objeto promover el comercio de bicicletas, piezas y accesorios de aquéllas y defender los intereses profesionales comunes a sus miembros. Además de un Reglamento interior y de un Reglamento de apelación, la CBR elaboró un Reglamento general, cuya última reforma se produjo en 1976. En dicho Reglamento general, se disponía, de manera muy meticulosa, un régimen colectivo de transacciones en virtud del cual se

⁸⁸ J. B. RACINE, *L'arbitrage commercial international*, pág. 99.

establecía la obligación de respetar las diferentes funciones de distribución, la obligación de respetar los acuerdos de exclusividad existentes, un sistema colectivo de precios impuestos, el régimen de los descuentos y de los métodos de ventas e, incluso, un sistema de sanciones para los integrantes de la asociación que no respetasen tales disposiciones (advertencias, multas, difusión a través de la radio o de la prensa de las medidas adoptadas con expresa mención del infractor).

Las decisiones tomadas con base en el Reglamento general podían ser impugnadas ante una Comisión de apelación, con exclusión de toda jurisdicción civil ordinaria. Entre 1971 y 1974 la Comisión recibió denuncias e informaciones contra CBR y le advirtió de la necesidad de adaptar su Reglamento general a las exigencias del art. 81 TCE. A pesar de este apercibimiento, la Comisión verificó que CBR mantuvo el sistema colectivo de exclusivas, obstaculizó las importaciones intracomunitarias e, incluso, acudió a los tribunales para exigir el pago de alguna multa.

Finalmente, tras varias reuniones en las que no se llegó a ningún acuerdo, la Comisión declaró contrarias al art. 81 TCE numerosas disposiciones del Reglamento general de CBR y rechazó la solicitud de exención individual presentada, en el transcurso de una audiencia celebrada el 27 de julio de 1976, por esta asociación de empresas holandesa. El Reglamento general, en palabras de la propia Comisión, constituía «un sistema coherente y cuidadosamente puesto a punto que restringe sensiblemente la competencia».

Una pieza nada desdeñable de este sistema la componía la privación a las empresas por el Reglamento de recursos de la CBR de la posibilidad de dirigirse a una jurisdicción ordinaria.

En efecto, tal y como subrayó la Comisión: «[...] no puede excluirse que la Comisión de apelación (Hoger Beroep) de la CBR interprete las disposiciones del Reglamento general restrictivas de la competencia en un sentido que excedería su contenido objetivo y que disminuiría, retrasaría o entorpecería las garantías jurídicas que las partes contratantes pueden legítimamente esperar; que el cobro de las multas y la supresión de la autorización pueden causar desventajas considerables en la competencia a las empresas interesadas; que dado que el reglamento general prevé que las personas y sociedades autorizadas deben observar las disposiciones legales y en especial las relativas a la competencia desleal, existe, por consiguiente, el peligro de que las actividades competitivas deseables en el interés común sean impedidas por la práctica administrativa de la Comisión de apelación, que subsistan distorsiones de la competencia en el Mercado común y que la aplicación del Derecho de la competencia prevista por el Tratado instituyente de la CEE sea eludida [...].

Que la disposición que prevé la exclusión de la jurisdicción ordinaria cae, en su forma actual, bajo el art. 81.1 TCE en tanto que ésta se refiere a hechos que tienen por objeto la aplicación y la interpretación de las reglas de competencia del Tratado y a través de ellas prácticas

competitivas permitidas en sí mismas son prohibidas; que los efectos restrictivos de la competencia que derivan o pueden derivar del Reglamento general son reforzados por las disposiciones del Reglamento de apelación».

Son dos, pues, los motivos que, en última instancia, han empujado a la Comisión a excluir la validez de la cláusula de exclusión del recurso a un proceso ante tribunal estatal: la prohibición de denegación de justicia -o, si se prefiere, el temor a la indefensión de las empresas integrantes de la CBR- y la desconfianza ante la Comisión de apelación de esta asociación de empresas holandesa (Dec. Com. 2 de diciembre de 1977, *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel*, JO L 20 de 25 de enero de 1978).

- b) Más frecuentemente, la Comisión concedió una exención individual en virtud del art. 81.3 TCE, subordinándola al cumplimiento de varias obligaciones por las partes beneficiarias, especialmente la comunicación de cualquier sentencia arbitral que se pudiese dictar con motivo de una diferencia en torno a la interpretación o ejecución del acuerdo objeto de exención⁸⁹.
- c) En el derogado Reglamento (CE) núm. 1475/1995 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de post-venta de vehículos automóviles (*DOCE* núm. L 145, de 29 de junio de 1995), *ad ex.*, la Comisión condicionó la exención prevista en determinados casos al hecho de que «*las partes deberán, en caso de desacuerdo, aceptar un sistema de solución rápida del litigio, tal como el recurso a un perito independiente o a un árbitro, sin perjuicio del derecho de las partes de acudir a la jurisdicción competente, de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia en la legislación nacional*» (art. 5.3). Se observa, pues, que la Comisión no se opuso a someter a arbitraje cuestiones de Derecho de la competencia.

3. Perspectiva actual (del Reglamento núm. 17 al Reglamento 1/2003)

Estando en vigor el derogado Reglamento 17, primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (JO núm. 204, 21 de febrero de 1962), se discutió si los árbitros podían aplicar los arts. 85.1, 85.2 y 86 del Tratado

⁸⁹ Dec. Com. 27 de junio de 1967, *Transocéan Marine Paint Association*, JO L 163 de 20 de julio de 1967; Dec. Com. 23 de diciembre de 1971, *Henkel-Colgate*, JO L 14 de 18 de enero de 1972; Dec. Com. 26 julio 1972, *Papier Mince*, JO L 182 de 10 de agosto de 1972; Dec. Com. 18 julio 1975, *Kabelmetal-Luchaire*, JO L 222 de 22 de agosto de 1975; Dec. Com. 15 diciembre 1975, *Bayer-Gist*, JO L 30 de 5 de febrero de 1976; Dec. Com. 25 julio 1977, *De Laval-Stork*, JO L 215 de 23 de agosto de 1977; Dec. Com. 23 noviembre 1977, *GEC-Weir Sodium*, JO L 327 de 20 de diciembre de 1977; Dec. Com. 23 diciembre 1977, *Campari*, JO L 70 de 13 de marzo de 1978; Dec. Com. 13 julio 1983, *Rockwell/Iveco*, JO L 224 de 17 de agosto de 1983.

CEE⁹⁰.

Cuestión esta que fue resuelta de forma positiva: los asuntos relacionados con el Derecho europeo de la competencia eran, en principio, arbitrables y, por lo tanto, los árbitros podían aplicarles el Derecho europeo de la competencia.

El Derecho comunitario establecía dos *límites* para su aplicación por un árbitro. El primero tenía que ver con las relaciones entre el propio Derecho comunitario y las legislaciones nacionales de los Estados miembros. El segundo era la existencia de una competencia exclusiva por las autoridades comunitarias -en especial, la Comisión, que constituye la *guardia pretoriana* a la que se le atribuye la misión de velar por la libre competencia en el Mercado único europeo-. Dicho con otros términos, los árbitros se encontraban en una posición similar a la de un órgano judicial de un Estado miembro: no podían aplicar más que las normas de Derecho europeo de la competencia que tuviesen un efecto directo y con respecto a las cuales la Comisión no tuviese asignada una competencia exclusiva⁹¹.

Por el contrario, no podrían aplicar normas comunitarias desprovistas, en principio, de efecto directo -como es el caso de las Directivas- y su intervención debería limitarse al efecto horizontal (entre particulares) de las normas jurídicas comunitarias con efecto directo. Los arts. 81 y 82 TCE son normas jurídicas del Derecho Europeo con eficacia directa⁹². También, obviamente, tienen eficacia directa los reglamentos comunitarios (art. 249, apartado segundo, TCE).

El Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado⁹³ es la norma que refleja el cambio de enfoque⁹⁴.

Con respecto a dicho Reglamento baste señalar que:

1. Es el resultado de una iniciativa política que obedece al impulso del

⁹⁰ Los contratos de distribución comercial y los de transferencia de tecnología han propiciado que, en la práctica arbitral, sean más frecuentes los casos en que se ha suscitado la eventual toma en consideración del art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE) que del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE). Aunque menos habituales, no faltan supuestos, sin embargo, en que se recurre al art. 82 TCE. Así, *ad ex.*, en sentencia CCI núm. 7673/1993, *Bull. ICI*, núm. 1/1995, págs. 56-59, en un asunto en el que se enfrentaban un demandante francés y un demandado finlandés, el tribunal arbitral, que tenía su sede en Suiza y estaba obligado a aplicar el Derecho suizo al fondo de la controversia, rechazó la excepción del demandado, que alegó la inarbitrabilidad del art. 86 del Tratado de Roma (actual art. 82 TCE), y, con arreglo al Derecho suizo, procedió a resolver el fondo del litigio.

⁹¹ B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, págs. 131-134.

⁹² STJCE 6 de abril de 1962, *Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en uitdenbogerd/Bosch*, 13/61, *Rec.*, p. 89.

⁹³ (DOCE L 1 de 4 de enero de 2003).

⁹⁴ M.^a P. CANEDO ARRILLAGA, «El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, págs. 41-80.

entonces comisario de la competencia, Mario MONTI, y de varios compromisos políticos. En 1999, se inició el proceso de modernización de las normas de Derecho de la competencia, un largo camino erizado de dificultades, cuyos primeros pasos fueron el *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 TCE*⁹⁵ y la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado*, y por el que se modificaban los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/1986 y (CEE) núm. 3975/1987 («*Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado*»)⁹⁶.

2. El giro efectuado con la nueva regulación responde al colapso sufrido por la Comisión como consecuencia de las continuas notificaciones previas recibidas de las empresas. Esta saturación de trabajo llevó a plantear un cambio de sistema: del sistema de autorización se pasó al sistema de excepción legal y de control *a posteriori*⁹⁷.
3. Una de las principales novedades que aportó el Reglamento 1/2003, es que a partir del 1 de mayo de 2004 -fecha de inicio de la aplicabilidad del texto comunitario-, las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar el entero art. 81 TCE con su tercer párrafo incluido.

Por consiguiente, cabría preguntarse, tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, si los árbitros, que evidentemente no son ni autoridades ni órganos jurisdiccionales nacionales, podrían pronunciarse sobre el art. 81.3 -por analogía con la posibilidad que el Reglamento 1/2003 ofrece a los órganos jurisdiccionales-.

Expresado en otros términos, se trata de saber si, como ya ocurrió a propósito de los arts. 81.1, 81.2 y 82 TCE, un órgano arbitral dispone de idénticas facultades que un órgano judicial de un Estado miembro, para declarar la existencia de una exención en virtud del art. 81.3 TCE.

Existen cuatro posibles razones para justificar que los árbitros puedan aplicar el art. 81 TCE en su totalidad⁹⁸:

1. Uno de los objetivos de la reforma en el procedimiento comunitario es la *aplicación integral* del art. 81 TCE, ya sea por parte de los órganos jurisdiccionales o de los árbitros. La Comisión, desde la adopción del *Libro Blanco*, ha perseguido que los órganos competentes para aplicar el

⁹⁵ (DOCE núm. C 132, de 12 de mayo de 1999).

⁹⁶ (DOCE núm. C 365, 19 de diciembre de 2000).

⁹⁷ Según el *Libro Blanco*, apartado 76, «en un sistema de excepción legal, las empresas quedan descargadas de la obligación de notificar y disponen de un medio de defensa suplementario en los tribunales para obtener la ejecución de sus acuerdos, ya que pueden alegar la aplicación del artículo 85.3».

⁹⁸ W. ABDELGAWAD, «L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE». *Rev. arb.*, núm. 2, 2004, págs. 256-260.

art. 81 TCE, lo hagan en su totalidad: lo de menos es determinar quiénes son los competentes, lo importante es que esos órganos puedan aplicar todo el art. 81 TCE, y no solo alguno de sus apartados.

2. La función que desarrollan los árbitros es similar a la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales. Esta *naturaleza jurisdiccional* de la labor arbitral hace que la posición de los árbitros se pueda equiparar a la que tienen los órganos jurisdiccionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE. La circunstancia de que la nueva regulación no mencione a las instancias arbitrales como órganos de aplicación del Derecho europeo de la competencia, puede deberse a que la Comisión haya estimado que no era necesaria su inclusión. Si la Comisión hubiera querido que los árbitros no fueran competentes para la aplicación del art. 81.3 TCE, habría prevenido una disposición expresa, excluyendo a estos órganos como autoridades competentes.
3. Una de las principales ventajas del arbitraje es su *celeridad*. Si el árbitro no pudiese aplicar el art. 81.3 TCE, a la hora de resolver los casos de ententes planteados ante él, y dada la imposibilidad de plantear una cuestión prejudicial al TJCE, solo le quedaría recurrir a los jueces para que éstos resolviesen si concurren las condiciones de exención del tercer párrafo del art. 81. Esta suspensión del proceso arbitral y subsiguiente pregunta a los órganos jurisdiccionales nacionales retrasaría en exceso la solución del caso y perjudicaría una de las principales ventajas del arbitraje: la rapidez. Esta única opción que le quedaría al árbitro, en realidad, no sería una vía efectiva en todo caso, ya que, no existen mecanismos previstos de colaboración entre los árbitros y los órganos jurisdiccionales en este sentido. Además, nada garantiza que la aplicación del art. 81.3 TCE por parte de un juez sea siempre más acertada que la pueda realizar un árbitro.

No hay razones, entonces, para que los árbitros no puedan ser órganos competentes en relación con el art. 81.3 TCE.

4. La reforma también tiene como finalidad favorecer la *privatización* del Derecho de la competencia. En efecto, salvo que el asunto tenga un interés comunitario superior, los particulares acudirán a las jurisdicciones nacionales y a las autoridades nacionales de competencia para dirimir sus controversias, siendo éstos los órganos mejor situados para defender los derechos subjetivos de los particulares recogidos en el art. 81 TCE (Considerando 7 Reglamento 1/2003). Suponer la arbitrabilidad del Derecho europeo de la competencia abunda en la consecución de este objetivo de privatización.

4. Aplicación del derecho por los árbitros: facultativa u obligatoria

Puede suceder que una de las partes invoque, en el transcurso del procedimiento arbitral, las normas sobre libre competencia -en particular, los arts. 81 y 82 TCE o un Reglamento comunitario- y entonces no quepa plantearse de oficio o a instancia de parte del Derecho europeo de la

competencia del árbitro.

Pero también puede ocurrir que ninguna de las partes lo alegue, bien sea intencionadamente o por error, o que las partes excluyan la aplicabilidad por los árbitros del Derecho de la competencia en la misma cláusula compromisoria o en el transcurso del procedimiento arbitral. Es en estos últimos casos, en particular cuando surge, con toda su trascendencia, la cuestión de si un órgano arbitral está obligado a aplicar, de oficio, el Derecho europeo de la competencia.

El árbitro internacional no solo está facultado, sino que está obligado a tener en cuenta e, incluso, aplicar, en su caso, el Derecho de la competencia, en general, y el Derecho europeo de la competencia, en particular, como se recuerda por la propia práctica arbitral, en especial de la Cámara de Comercio Internacional⁹⁹. El principal motivo que se alega en favor de esta interpretación se halla en la naturaleza de orden público o, si se prefiere, el carácter absolutamente imperativo de los arts. 81 y 82 TCE y, en general, del Derecho europeo de la competencia.

Frente a la anterior afirmación, un sector doctrinal ha sostenido que los árbitros no se encuentran, en principio, obligados a aplicar las normas de competencia. No son autoridades nacionales ni órganos jurisdiccionales y, por consiguiente, no son destinatarios de los arts. 81 y 82 TCE. Es más, la aplicabilidad *de oficio* del Derecho europeo de la competencia podría suponer que el laudo arbitral estuviese viciado de incongruencia: los árbitros podrían resolver *ultra petita*, si se respaldaran en las normas sobre libre competencia, atribuyéndose así una misión que no les fue atribuida por las partes, especialmente en el supuesto de que éstas hubieran decidido la exclusión de tales normas¹⁰⁰.

A la postre, este sector doctrinal no se encuentra, sin embargo, tan distante del primero como pudiera pensarse; ya que también se ha señalado que si los árbitros no están vinculados jurídicamente, sí lo están en la práctica, puesto que para evitar que los laudos dictados puedan ser objeto de nulidad o de no

⁹⁹ «Rapport sur l'arbitrage et le droit de la concurrence», *Swiss Review of International Competition Law*, 1984, págs. 37 ss.; así como, *ad ex.*, sentencia arbitral de 22 de julio de 1964, *Rev. arb.*, 1965, pág. 28; la sentencia CCI núm. 1397/1966, *Clunet*, 1974, pág. 878, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI núm. 2811/1979, *Clunet*, 1979, pág. 984, con nota de Y. DERAIS; sentencia CCI núm. 6503/1990, *Clunet*, 1995, pág. 1022, nota de Y. DERAIS; sentencia CCI núm. 6614/1991, *Bull. ICC*, núm. 1/1995, págs. 53-54; sentencia CCI núm. 7673/1993 comentada por Y. DERAIS, «L'application du droit européen par les arbitres - Analyse de la jurisprudence», en R. BRINER/Y. DERAIS [et al.], *L'arbitrage et le Droit Européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, págs. 65-80, conr. págs. 70 y 75; sentencia CCI núm. 7539/1996, *Clunet*, 1996, pág. 1030, nota de Y. DERAIS.

¹⁰⁰ P. MAYER, «Le contrat illicite», *Rev. arb.*, 1984, págs. 205-223, conr. pág. 215. En contra de esta opinión, cabe observar que: En primer lugar, la regla de orden público está demasiado estrechamente unida a la propia sustancia de la obligación contractual para que pueda ser considerada exógena al objeto del litigio (J. H. MOITRY, *Arbitrage international*, pág. 11). En segundo lugar, los árbitros tienen la obligación de considerar todas las cuestiones que sean de orden público en interés de las propias partes, que les han otorgado su confianza, si no quieren arriesgarse a que su sentencia sea anulada por no haber aplicado o haber aplicado incorrectamente una norma de orden público (X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, págs. 349 y ss., conr. pág. 362).

reconocimiento, deberían observar las prescripciones del Derecho de la competencia *de oficio*¹⁰¹. En efecto, para dotar de verdadera fuerza vinculante al laudo arbitral, éste no debería contradecir el orden público de los Estados de la UE, por lo que los árbitros deben respetar las normas de competencia aplicables al caso.

La obligación de aplicar las normas de oficio, sin embargo, solo debería existir:

1. En los casos en los que el laudo arbitral dictado hubiera de ser ejecutado en *territorio comunitario*, ya que, en estos supuestos es cuando el juez nacional comunitario que concede la ejecución debe comprobar que el laudo no atenta contra el orden público (*Vorrang des Kartellrechts des Vollstreckungstaates*).

Si la sentencia arbitral debiera ser ejecutada fuera de la UE, el órgano jurisdiccional al que se le solicitara, aplicaría su ordenamiento, no el Derecho de la Unión, y, por tanto, habitualmente no se denegaría la ejecución por incumplimiento de los arts. 81 y 82 del Tratado (*back-stage-door escape*).

2. Obviamente, cuando el *Derecho aplicable al contrato* que origina la diferencia entre las partes, es el *Derecho de un Estado miembro de la UE*, el órgano arbitral tiene el deber de aplicar las reglas de orden público del Derecho comunitario de la competencia (*Prinzip vom Vorrang der lex causae*), habida cuenta de su *efecto directo* en el Derecho interno y deben hacerlo *de oficio*, incluso ante la falta de alegación por las propias partes (*ad ex.*, J.J. ARNÁLDEZ)¹⁰².

Conocida como *teoría del estatuto obligacional (Schuldstatutstheorie)*, esta posible interpretación significa que los tribunales arbitrales deben aplicar a la diferencia entre las partes, el Derecho material de la *lex causae* (el Derecho rector del fondo del asunto, generalmente un contrato) en su conjunto, incluidas las normas imperativas del Derecho económico. A las partes se les debe permitir que expresen sus puntos de vista, para que, así, el *principio de contradicción* sea respetado (W. ABDELGAWAD, Y. DERAIS, J.B. RACINE)¹⁰³.

Resulta evidente que, inicialmente, un árbitro que cumple su labor en un Estado no comunitario y conforme a una legislación no comunitaria no está obligado *de oficio* a tomar en consideración el Derecho *antitrust* comunitario.

¹⁰¹ W. ABDELGAWAD, *L'arbitrage international et le nouveau Règlement*, págs. 261-263.

¹⁰² Así ocurrió, *ad ex.*, en el caso resuelto por sentencia CCI núm. 8423/1998, *Clunet*, 4, 2002, págs. 1.079-1.085, con nota de J.J. ARNÁLDEZ. Como señala este comentarista, no había ninguna duda de la aplicabilidad de la reglamentación comunitaria: el arbitraje se desarrollaba en Bruselas, las partes habían elegido el Derecho portugués, las sociedades litigantes eran de Estados comunitarios (Portugal y Francia) y el contrato debía ser ejecutado en territorio comunitario.

¹⁰³ Resolución CCI núm. 7539/1995, *Clunet*, 1996, págs. 1.030-1.037, con nota de Y. DERAIS; W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, pág. 292; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international*, pág. 289.

Pero cabe preguntarse si, aun así, pudiera aplicarlo o, al menos, intentarlo (*Berücksichtigung des Kartellrechts dritter Rechtsordnungen*).

Es ésta una cuestión de alcance más general, que puede plantearse a propósito de la conveniencia de que los árbitros tomen en consideración las leyes de policía de determinados Estados (*drittstaatliche Eingriffsnormen*), sean o no de libre competencia¹⁰⁴. Los autores están divididos y la práctica de los tribunales arbitrales no lo ha estado menos.

Es significativo el hecho de que la práctica arbitral en Suiza haya experimentado un *giro copernicano* durante los años 90. Como ha subrayado, entre otros, M. BLESSING, mientras que, hasta finales de los años 80, los tribunales arbitrales suizos mostraban generalmente su rechazo a aplicar normas *antitrust* que no perteneciesen a la *lex causae*, su actitud cambió claramente en los años siguientes y se consideraron competentes para verificar la compatibilidad de un contrato con los arts. 81 y 82 TCE¹⁰⁵.

Incluso, en algunos casos, se confirma la aplicación *de oficio* de las normas de Derecho europeo de la competencia en relación con demandas sobre contratos en los que no se ha designado Derecho aplicable¹⁰⁶.

Las situaciones en las que un árbitro debería tener en cuenta las normas del Derecho europeo, aunque el contrato estuviese regido por la ley de un ordenamiento no comunitario (*Anwendung kartellrechtlicher Normen einer anderen Rechtsordnung als der lex causae*), serían, pues, las siguientes (G. BLANKE):

1. Cuando las disposiciones imperativas de libre competencia pertenezcan al Derecho que resultaría aplicable en caso de que las partes no hubieran elegido una ley para su contrato.

¹⁰⁴J.B. RACINE, *L'arbitrage commercial international*, págs. 298-350; N. SPIEGEL, *Kartellprivatrech*, págs. 207-212.

¹⁰⁵ Un caso excepcional fue la decisión de la *Chambre des Recours* del Cantón de Vaud de 28 octubre 1975, en el caso *Ampaglas v. Sofia* (publicada en el *Journal des Tribunaux*, 129, 1981-III-71), que afirmó la competencia de un árbitro para examinar la validez de un contrato a la luz de los (entonces) arts. 85 y 86 del Tratado de Roma. Ya en los años 90, el *leading case* es el resuelto por la decisión del Tribunal Supremo Federal Suizo de 28 de abril de 1992, in re *G. SA v. V. SpA* (publicada en *ATF* 118 II 193), que sostuvo la competencia de los tribunales arbitrales con sede en Suiza para pronunciarse sobre la compatibilidad de un contrato con las normas sobre competencia de la CE, contrato de cooperación e inversión entre un grupo belga y varias empresas italianas, que se regía por el Derecho belga y en el que se dividían los territorios de compra y venta y se incluía acuerdos sobre precios. Después de este caso, tribunales arbitrales suizos afirmaron dicha competencia, incluso en casos en que la legislación aplicable elegida por las partes no era la de un Estado comunitario. Así, *ad ex.*, la sentencia CCI núm. 7673/1993, *Bull. ICI*, núm. 1/1995, págs. 56-59, en un caso en el que el contrato litigioso se regía por el Derecho suizo. *Vid.* M. BLESSING, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, Basel, 1999, págs. 246-248.

¹⁰⁶ Así, en el asunto núm. 8030/1995, los árbitros analizaron *de oficio* si el contrato de concesión en litigio se podía acoger a la excepción del artículo 85.3 Tratado de Roma. Se trataba de un contrato entre un concedente ruso y un distribuidor sueco. La demanda se interpuso por entender el distribuidor que la otra parte no había protegido el mercado español de las importaciones paralelas de vehículos del concedente.

2. Cuando el contrato esté estrechamente vinculado con el Estado al que pertenecen esas normas de libre competencia.
3. Cuando la ejecución del laudo arbitral pueda no ser efectiva por no haberse respetado las disposiciones del Derecho europeo de la competencia.

Por su parte, el Tribunal de Justicia tuvo que resolver dos cuestiones parcialmente relacionadas con la anterior.

Primera: Si las normas comunitarias de competencia son aplicables *de oficio* por el tribunal estatal que tiene que controlar una sentencia arbitral, cuestión ésta a la que ha dado una respuesta positiva.

Segunda: si las normas procesales internas relativas a la fuerza de cosa juzgada que impiden el examen de la compatibilidad de un laudo arbitral con el art. 81 TCE son compatibles con el Derecho comunitario, cuestión a la que, en el caso concreto de que se trataba, se le ha dado también una respuesta positiva. En efecto, la STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV, Rec.*, p. I-3055, arrojó luz sobre los dos problemas mencionados¹⁰⁷.

Los hechos que dieron origen al *caso Benetton*, son los siguientes:

La sociedad *Benetton international*, con sede en Ámsterdam, concluyó un contrato de licencia con *Eco Swiss China Time*, sociedad con sede en Hong Kong, a la que se autorizaba a fabricar y vender relojes con la inscripción «Benetton by Bulova». Conforme a una cláusula compromisoria prevista en dicho contrato, se inició un procedimiento arbitral por ruptura anticipada del contrato, ya que Benetton lo rescindió tres años antes de su término final. El arbitraje se realizó en el Instituto holandés de arbitraje y conforme al Derecho holandés. El tribunal arbitral dictó dos laudos relacionados con este caso. En el primero de ellos, se ordenaba a Benetton que indemnizase a su empresa licenciataria por los perjuicios que la resolución anticipada del contrato le había producido. El segundo laudo tuvo que dictarse, ante la falta de acuerdo de las partes, para fijar la cuantía de la indemnización.

Aunque nunca lo alegó en el transcurso del procedimiento arbitral, Benetton invocó, como argumento para obtener la nulidad de ambas sentencias arbitrales, ante un tribunal estatal holandés la nulidad del contrato de licencia por ser éste, en su opinión, contrario al Derecho comunitario de la competencia.

En apelación, prosperaron las alegaciones de Benetton: el tribunal holandés anuló el laudo arbitral, por entender que el art. 81 del Tratado de Roma, en el

¹⁰⁷ STJCE 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, C-126/97, *Rec.*, pág. I-3055, apartados 35, 36, 40, 45 y 46). *Vid., ad ex.*, S. POILLOT PERUZZETO, «L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1er juin 1999 (affaire Eco Swiss China Time Ltd)», *Clunet*, 2000, 2, págs. 299-307; C. PRIETO, «Note sous CJCE 1er juin 1999, C-126/97, Eco Swiss China Time/Benetton International», *Clunet* 2000, 2, págs. 504-506; P. ZOBEL, «Art. 81 EGV im Schiedsgerichtsverfahren», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15, Juli 2001, págs. 300-307.

que se prohíben las ententes, es una norma de orden público en el sentido del ordenamiento jurídico holandés. En casación, el Tribunal Supremo holandés planteó cinco cuestiones prejudiciales al TJCE, que, en realidad, son reconducibles a dos temas: la aplicabilidad de oficio del art. 81 TCE a los laudos arbitrales que ya han sido pronunciados y la compatibilidad -o no- de las normas procesales holandesas que regulan el control jurisdiccional de los laudos arbitrales con la validez del Derecho europeo de la competencia:

a) Gracias al Convenio de Nueva York, de 10 junio 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, es poco probable que un tribunal estatal pueda, de oficio, no reconocer un laudo arbitral extranjero. En el caso de que se trataba, la única posibilidad de anular la sentencia arbitral radicaba en saber si la sentencia o la manera en que ha sido dictada es contraria al orden público o a las buenas costumbres (art. 1.065 del Código holandés de procedimiento civil). Cabía, pues, preguntarse si el art. 81 TCE podía efectivamente considerarse una disposición de orden público. El Tribunal de Justicia puso de relieve estos datos de interés:

1. El art. 81 TCE instituye una disposición fundamental para el funcionamiento del Mercado interior, hasta el punto de que los acuerdos constitutivos de una entente ilícita son nulos de pleno derecho.
2. Dado que, en consecuencia, no cabe discutir la calificación de dicho precepto como orden público comunitario, no solo los tribunales estatales, sino también los árbitros están obligados a aplicar de oficio el art. 81 TCE.
3. Como los tribunales arbitrales no son considerados jurisdicción nacional en el sentido del art. 234 TCE y no pueden interponer una cuestión prejudicial (STJCE 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/1981, *Rec.*, p. 1.095, apartados 10 y 12), existe un interés manifiesto para el orden público comunitario en que estos asuntos puedan ser examinados por las jurisdicciones nacionales llamadas a pronunciarse sobre la validez de las sentencias arbitrales y ser objeto, eventualmente, de un reenvío prejudicial ante el Tribunal.

Así, pues, cabe invocar por vez primera esta cuestión ante los tribunales nacionales, aunque anteriormente no se haya debatido esta cuestión de orden público comunitario en el transcurso del procedimiento arbitral.

b) El Derecho holandés no permitía la anulación del laudo arbitral más en un plazo muy breve: tres meses después del depósito de la sentencia arbitral en la jurisdicción competente. Esta regla procesal impedía, en el caso concreto, el recurso contra una sentencia arbitral contraria al orden público comunitario. Para el Tribunal de Justicia estuvo claro que no era incompatible tal normativa procesal estatal con el derecho comunitario puesto que:

1. El plazo no era demasiado breve si se compara con los fijados en los ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros ni vuelve demasiado difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos

conferidos por el orden jurídico comunitario.

2. Los principios de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada justifican que, fuera de los plazos legales, no se pueda recurrir ni las sentencias de fondo ni las sentencias posteriores que revisten el carácter de sentencias finales parciales: ni siquiera cuando el plazo ha transcurrido para la primera de ellas (la que establece el deber de indemnizar) y aún no ha expirado para la segunda (la que cuantifica la obligación indemnizatoria).

Las conclusiones que derivan de esta sentencia son varias: los árbitros deben controlar de oficio la conformidad con el Derecho europeo de la competencia; dicha conformidad debe poder verificarse en el control *ex post* jurisdiccional; los cauces procesales que no impiden o dificultan este control deben ser respetados. Alguna autora (C. PRIETO) ha observado, finalmente, el propósito del Tribunal de Justicia de no fomentar los actos procesales de mala fe: en este caso, Benetton había resuelto injustificadamente el contrato y, segundo, había intentado un recurso, acusando a sus licenciarios de una falta (el reparto de mercados) que Benetton conocía años antes y que, hasta el momento de interponer el recurso, no pareció importarle.

Por último, cabe preguntarse si el árbitro deja de estar obligado a aplicar de oficio el Derecho de la competencia cuando actúa en un arbitraje de equidad (*ex aequo bono*). La respuesta es negativa: en el arbitraje comercial internacional, el árbitro, aun actuando como amigable componedor, no puede prescindir de las reglas consideradas de orden público internacional.

5. Algunas cuestiones procedimentales

1. Recurso prejudicial

El art. 234 TCE dispone que los órganos jurisdiccionales puedan plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE¹⁰⁸. Técnicamente, la cuestión prejudicial no es otra cosa que un mecanismo interpretativo del Derecho de la Unión Europea para asegurar su eficacia y uniformidad, evitando que los tribunales nacionales puedan tener la última palabra en cuestiones hermenéuticas y consolidar así interpretaciones divergentes de una misma regla jurídica. Con este fin, se instituyó una competencia exclusiva en favor del Tribunal de Justicia¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Tribunal de Justicia, «Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», *DOUE C* 143 de 11 junio 2005.

¹⁰⁹ J. BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13, enero-marzo 2005, págs. 35-60; A. BARAV, «Le renvoi préjudiciel communautaire», *Justices* 1997, núm. 6, págs. 1 y ss.; M. CIENFUEGOS MATEO, «La apreciación de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial ex artículo 177 del Tratado CE en la jurisprudencia española», *Not.UE*, núm. 163-164, agosto-septiembre 1998, págs. 9-24; M.^a FRAILE ORTIZ, «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 7, julio-septiembre 2003, págs. 433-466; M. JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, Barcelona, 1996; M. LAMELA FERNÁNDEZ, «Cuestión prejudicial», *Not.CEE*, núm. 66,

Ahora bien, dado que el árbitro puede e, incluso, debe tener que aplicar el Derecho comunitario, cabe preguntarse si puede considerársele una jurisdicción de un Estado miembro y si, por consiguiente, puede plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE¹¹⁰.

La anterior pregunta no es estéril. En primer lugar, porque plantea un dilema; es decir, una cuestión susceptible de varias respuestas. Se puede, en efecto, negar la posibilidad de que el árbitro recurra a la cuestión prejudicial, señalando que el art. 234 TCE no contempla el arbitraje.

Pero también se puede esgrimir que la técnica del arbitraje, como medio de arreglo de diferencias, deriva de la ley nacional, ya que las normas de los Estados miembros contemplan esta posibilidad, los árbitros gozan de poderes muy semejantes a los de los jueces y, por tanto, serían jurisdicciones nacionales.

En el debate doctrinal y jurisprudencial que dicha cuestión originó, fueron consolidándose algunos criterios:

1. Una cosa es que el ordenamiento jurídico contemple la posibilidad del arbitraje y otra que lo imponga. Cuando, efectivamente, tiene lugar un arbitraje, éste no tiene su origen inmediato en la ley, sino en la voluntad de las partes que deciden recurrir a él. *Ergo*: el órgano arbitral -que no administra justicia en nombre del Estado, sino de las partes que lo eligen- no es equiparable a un órgano judicial de un Estado miembro.
2. A mayor abundamiento, como señaló la STJCE, de 30 de junio de 1966, *Vaassen/Direction du Baembtendfonds voor het mejnbedrijf*, 61/65, *Rec.*, pág. 378, una jurisdicción es un organismo instituido para juzgar de manera permanente y su competencia se impone a los justiciables.

Dicho con otros términos, un órgano jurisdiccional tiene un origen legal, es permanente, su jurisdicción obligatoria y aplica el Derecho mediante un procedimiento sometidos a varios principios procesales, en especial el principio contradictorio. *Ergo*, faltaban tres caracteres esenciales: el órgano arbitral, que no es permanente, que no administra justicia en nombre del Estado y cuya existencia y funcionamiento depende de la

julio 1990, págs. 137-140; R. LEÓN JIMÉNEZ, «Procedimiento y aspectos formales de la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Not.UE*, núm. 221, junio 2003, págs. 59-64; J. MORCILLO MORENO, «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», *Not.UE*, núm. 201, octubre 2001, págs. 9-28; M. PASTOR LÓPEZ, «La obligatoriedad o el carácter facultativo de la cuestión prejudicial del Derecho comunitario europeo», *Not.CEE*, núm. 25, febrero 1987, págs. 103-113; M. REVENGA SÁNCHEZ, «Algunos aspectos problemáticos en la regulación de la cuestión prejudicial (art. 177 TCEE)», *Not.UE*, núm. 121, febrero 1995, págs. 37-45; M.^a I. ROFES I PUJOL, «La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia: una vía privilegiada de diálogo entre jurisdicciones», en CGPJ, *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva*, Madrid, Vitoria, 1995, págs. 153-172; M. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo: artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994.

¹¹⁰ B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, págs. 140-144.

voluntad de los particulares que optan por él, no puede ser una jurisdicción arbitral.

3. Finalmente y como confirmación y no como excepción a la anterior idea, la STJCE de 30 de junio de 1966, *Vaassen/Direction du Baembtendfonds voor het mejnbedrijf*, 61/65, *Rec.*, pág. 378, sobre un caso donde intervenía un tribunal de arbitraje de la caja de los empleados de las minas de Holanda, apuntó que un arbitraje obligatorio es una jurisdicción excepcional a la que un legislador nacional ha querido otorgar el régimen jurídico del arbitraje.

Hubo que esperar, sin embargo, a comienzos de los años 80, para que este mismo Tribunal apreciase que el arbitraje no pueden calificarse de jurisdicción de un Estado miembro con el fin de beneficiarse del art. 234 TCE y poder, así, preguntarle la interpretación del Derecho comunitario (STJCE 23 marzo 1982, *Nordsee*, C-102/1981, *Rec.*, pág. 1.095¹¹¹).

En este supuesto, donde el fondo debía ser ventilado por la ley alemana, el Tribunal de Justicia se consideró incompetente para responder a las cuestiones planteadas por el órgano arbitral. Según el Tribunal de Justicia, la semejanza de actividad del tribunal arbitral con la actividad jurisprudencial no era suficiente para conferir al árbitro de una jurisdicción de un Estado miembro en el sentido del art. 234 TCE.

En general, la doctrina acogió mal esta decisión, a la que algún autor (H.G. GHARAVI) calificó como «sin sentido y peligrosa» (*senseless and dangerous*).

Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha confirmado la jurisprudencia según la cual los árbitros no son órganos jurisdiccionales, a los efectos de poder plantear cuestiones prejudiciales (STJCE 27 de enero de 2005, *Denuit*, C-125/2004)¹¹².

El TJCE se remite a los argumentos esgrimidos en el asunto *Nordsee* para no pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Colegio arbitral de la comisión de Litigios sobre Viajes de Bélgica con este tenor: «*Dado que, en el asunto principal, las partes contratantes no están obligadas, de hecho o derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas belgas no están implicadas en la elección de la vía arbitral, el collège d'arbitrage de la Comisión de Litiges Voyages no puede ser considerado un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del art. 234 CE*»¹¹³.

¹¹¹ STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.*, pág. 1095, apartado 13.V.

¹¹² STJCE 27 enero 2005, *Denuit*, C-125/04.

¹¹³ STJCE 27 enero 2005, *Denuit*, C-125/04, apartado 16. El litigio surge con ocasión de un contrato celebrado entre una agencia de viajes y dos clientes. Según el contrato estos últimos realizarían un viaje a Egipto por 2.765 €uros. El precio incluía el transporte por avión desde Bruselas -también el viaje de vuelta- y un crucero por el Nilo durante 7 días. En las condiciones particulares del contrato se daba la posibilidad de revisar los precios pagados si el tipo de cambio hubiera sido modificado un diez por ciento en el momento de la salida del viaje. Los consumidores, el Sr. Denuit y la Sra. Cordenier exigieron a la agencia que les reembolsara 217,61 euros, ya que se había producido una apreciación del euro -en el momento de la firma del contrato un euro costaba 0,91 dólares y en el momento de la salida costaba 1,08-. La

Ahora bien, una cosa es que los tribunales arbitrales no sean propiamente jurisdicciones, de origen legal y permanente, de los Estados miembros de la UE susceptibles de beneficiarse del mecanismo procedimental e interpretativo del art. 234 TCE y otra, sin embargo, que los tribunales estatales encargados de controlar los laudos arbitrales, en sede de revisión o de reconocimiento o ejecución, podrían llegar a plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE acerca del Derecho europeo de la competencia aplicado por el árbitro (PH. FOUCHARD, C. GAVALDA/G. PARLEANI)¹¹⁴.

Es ésta, en todo caso, una exégesis que, actualmente, requeriría una interpretación evolutiva de la jurisprudencia comunitaria; ya que ésta reconoce exclusivamente legitimación para interponer el recurso prejudicial a los órganos judiciales de los Estados miembros que deben resolver el fondo del asunto y que, con dicho propósito, requieren la interpretación del Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia.

No solo esto, sino que, *de lege ferenda*, algunos autores sostienen que el árbitro debería poder plantear cuestiones prejudiciales ante el TJCE, ya que, si admitimos que los árbitros pueden aplicar el art. 81 TCE en su totalidad, se debería en justa coherencia permitir que estos órganos pudieran preguntar al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la competencia europeo. De otro modo, los laudos arbitrales podrían aportar una interpretación disconforme de las normas europeas de competencia, sin posibilidad de recurso alguno, a menos que se observara un atentado contra el orden público internacional.

Es éste un deseo largamente sentido por los medios profesionales cercanos al arbitraje, no solo con relación al Derecho de la competencia, sino, en general,

agencia se negó a la devolución, acogiéndose a la Ley Belga de transposición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, pág. 59), cuyo artículo 11, apartado 1 dispone: «El precio convenido en el contrato no podrá ser revisado, salvo si el contrato establece de manera explícita la posibilidad de revisión al igual que su método exacto de cálculo y siempre que la revisión sea consecuencia de variaciones: a) de los tipos de cambio aplicados al viaje, y/o; b) del coste de los transportes, incluido el coste del carburante, y/o; c) de las tasas e impuestos relativos a determinados servicios. En tal caso, es necesario que las mencionadas variaciones den lugar igualmente a una reducción del precio». El mencionado artículo 11 apartado 1 de la Ley Belga es la transposición del artículo 4 apartado 4 de la Directiva 90/314/CEE, precepto este último que dispone lo siguiente: «Los precios establecidos por el contrato no podrán ser revisados, salvo si éste establece de manera explícita la posibilidad de revisión tanto al alza como a la baja y define las modalidades precisas de cálculo, y si se revisan únicamente para tener en cuenta variaciones: del coste de los transportes, incluido el coste del carburante; de las tasas e impuestos relativos a determinados servicios, como los impuestos de aterrizaje, de desembarco o de embarque en puertos y aeropuertos; de los tipos de cambios aplicados al viaje organizado de que se trate». Ante la respuesta negativa dada por la agencia, los demandantes acudieron al collège d'arbitrage de la Comisión de Litiges Voyages para denunciar los hechos. El órgano arbitral consideró que debía plantear al Tribunal de Justicia algunas cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación que debía darse al artículo 4, apartado 4, de la Directiva 90/314/CEE.

¹¹⁴ STJCE 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.* 1982, pág. 1.095, apartados 14 y 15. *Vid., ad ex.*, en este sentido, Ph. FOUCHARD, en *Rev. arb.*, 1982, pág. 491; C. GAVALDA/G. PARLEANI, *Droit communautaire des affaires*, Paris, 1988, págs. 117 y 687.

de todo el ordenamiento jurídico comunitario¹¹⁵.

Existiría la posibilidad de que, en el futuro, sin necesidad de reformar el Tratado, se considerase -como sugirió X. DE MELLO- que el art. 234 del Tratado de Roma, al disponer que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, «cuando se plantee una cuestión [...] ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros [...] si estima necesaria una decisión al respecto para emitir su fallo» (art. 234 TCE, penúltimo apartado) o «cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno [...]» (art. 234 TCE, *in fine*), no hace otra cosa que limitarse a regular dos supuestos específicos, cuyo común denominador es el de suscitar la necesidad de que el Derecho comunitario sea interpretado por el Tribunal de Justicia en litigios que se solventan por órganos judiciales de Estados miembros.

Pero excepción hecha de estos dos supuestos, cabría imaginar idéntica necesidad interpretativa en otros tipos de procedimientos, entre los que los arbitrales ocuparían una posición destacada. Además, por otro lado, la cooperación entre los órganos y los árbitros debería ser recíproca y, si se admite que la Comisión puede intervenir en el procedimiento arbitral presentando observaciones escritas o verbales, se debería permitir, también, que los árbitros puedan beneficiarse del recurso prejudicial ante el TJCE.

En todo caso, al margen de la reforma del Tratado de Roma, cabría preguntarse si no hay alguna otra vía que posibilite la cooperación entre los órganos arbitrales y las instituciones comunitarias. Hay dos buenas razones para ello.

Primera: Como se verá, el control de los laudos arbitrales por los tribunales estatales en caso de recurso de anulación o de *exequátur* es muy limitado y no supone una revisión del fondo. Segunda: La Comisión carece de un mecanismo general que le permita reaccionar jurídicamente frente a los laudos arbitrales que, de forma injustificada, ignoran el Derecho comunitario.

Por esto, N. SPIEGEL ha propugnado la implantación del *principio «cooperación en lugar de control» (Prinzip «Kooperation statt Kontrolle»*. En aras de este principio, debieran explorarse las posibilidades procedimentales que brinda el Reglamento 1/2003. Así, los árbitros podrían utilizar el mecanismo de cooperación previsto en el art. 15.1 del Reglamento 1/2003 para los órganos jurisdiccionales. Este precepto posibilita que los juzgados y tribunales nacionales puedan solicitar a la Comisión información o dictámenes que tenga en su poder sobre la aplicación de las normas de competencia.

De este modo, se favorece una interpretación uniforme del Derecho europeo de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales.

¹¹⁵ En este sentido, la aspiración manifestada en el segundo Congreso internacional de arbitraje (*Rev. arb.*, 1966, núm. spécial, pág. 62; X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. arb.*, 1982, págs. 349 ss., concr. pág. 384).

Con este objetivo de conseguir que las normas de competencia sean aplicadas de forma homogénea por cualquier instancia competente, y teniendo en cuenta que los árbitros no pueden acudir al TJCE, parece razonable que esta vía de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión pueda ser utilizada en relación con los árbitros.

La regulación del art. 15.3 R 1/2003 tiene, como destinatarios, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Cabría preguntarse si esta previsión podría aplicarse también en relación a los árbitros. En un primer momento, la confidencialidad del arbitraje, así como la independencia de los árbitros, podrían esgrimirse para negar esta posibilidad.

Sin embargo, también podría argumentarse en sentido contrario y, así, considerar que cabría que el art. 15.3 R1/2003 se aplicara en relación con los árbitros.

Para ello, debería exigirse ciertos condicionamientos:

1. Las intervenciones de la Comisión, presentando observaciones, bien sean escritas, bien sea de forma verbal, deberían ser autorizadas por el órgano arbitral¹¹⁶.
2. Una vez autorizada la intervención de la Comisión, el árbitro debería comunicárselo a las partes y darles la posibilidad de responder y defenderse, si es el caso.
3. Como expresamente señala el art. 15.3 R1/2003, las observaciones que realice la Comisión tendrán por objetivo promover una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 TCE. Su intervención, por tanto, además de ser excepcional -cuando haya interés público comunitario- solo está encaminada a clarificar la interpretación que se ha de dar de estos artículos, y no a aportar una concreta solución del caso. Las observaciones de la Comisión, en este sentido, solo deben ayudar al árbitro a resolver el caso.
4. La Comisión podrá pedir a los órganos jurisdiccionales -también a los árbitros- información del asunto para poder hacer una mejor valoración del caso y presentar así unas observaciones más ajustadas (art. 15.3).

La transmisión de esta información podría conculcar el principio de confidencialidad del arbitraje, sin embargo, el art. 28 R1/2003, garantiza que la Comisión no divulgará dicha información y que respetará el secreto profesional.

2. Procedimiento comunitario y procedimiento arbitral

En todo caso, cabe cuestionarse si sobre los árbitros recaería la obligación de suspender el procedimiento arbitral, hasta que la Comisión, iniciado un procedimiento, resuelva sobre la eventual inobservancia de los arts. 81 u 82

¹¹⁶ La autorización de las partes en el proceso arbitral no debería exigirse puesto que podría suponer que la Comisión no pudiera intervenir y, por tanto, que no se aplicara correctamente el Derecho europeo de la competencia por el interés de alguna de las partes.

TCE. El árbitro -se considera- tiene: «*No solamente la posibilidad de suspender el procedimiento, sino también la de proseguir si estima que la violación es inexistente o, por el contrario, manifiesta*»¹¹⁷.

En virtud del art. 16 del Reglamento 1/2003, los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia no podrán adoptar resoluciones incompatibles con una Decisión dictada por la Comisión sobre el acuerdo, decisión o práctica concertada en liza. Así mismo, los órganos jurisdiccionales deberán evitar una resolución en conflicto con una previsible Decisión que vaya a dictar la Comisión en un procedimiento que ya haya sido incoado -el órgano jurisdiccional tiene la facultad de suspender su procedimiento en espera de que la Comisión emita su Decisión y también puede plantear una cuestión prejudicial según el art. 234 TCE-.

Esta forma de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales de competencia en relación con la Comisión podría extenderse y hacerse aplicable también respecto de los árbitros. Los árbitros no se encuentran vinculados por este deber de tener en cuenta las Decisiones de la Comisión. Por tanto, podrían dictar un laudo arbitral que fuera contradictorio con lo recogido en una Decisión de la Comisión. Sin embargo, dicho laudo podría ser objeto de nulidad ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, precisamente por esa infracción del Derecho comunitario. Por tanto, si bien, no por obligación, sí por conveniencia, los árbitros deberían tener en cuenta las Decisiones dictadas -o pendiente de ser dictadas- por la Comisión a la hora de emitir sus laudos arbitrales¹¹⁸.

Las partes pueden querer someter a arbitraje las disputas sobre un acuerdo realizado entre ellas, pacto claramente incompatible con el Derecho de la competencia por recoger una fijación de precios en el mercado, *ad ex.*, con la finalidad de que pueda ponerse en práctica y no se le apliquen las normas de competencia. En este caso, sería una cláusula más en el acuerdo la sumisión al arbitraje.

Pues bien, ante esta situación, una de las empresas implicadas podría poner en conocimiento de la Comisión la existencia de ese acuerdo anticoncurrencial, con la cláusula de sumisión al arbitraje incluida. En este supuesto, la cláusula arbitral podría ser prohibida por la Comisión, en virtud al art. 81.2 TCE, por elusión de las reglas de competencia.

Los árbitros, al igual que los órganos jurisdiccionales, tienen la opción de suspender el procedimiento seguido ante ellos, hasta el momento en que la

¹¹⁷ B. HANOTIAU, «L'arbitrage et le droit européen de la concurrence», en R. BRINER/Y. DERAÏNS [et al.], *L'arbitrage et le Droit Européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pág. 55. También W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, págs. 308-314.

¹¹⁸ Algún autor considera que los árbitros no deberían suspender el procedimiento en espera de que la Comisión dicte la Decisión. El arbitraje se caracteriza por la celeridad, y esta razón es la que justifica que no sea conveniente suspender el procedimiento arbitral. Sin embargo, cuando haya un riesgo cierto de contradicción entre el laudo arbitral y la Decisión de la Comisión, en ese caso, por razones de seguridad jurídica, el árbitro debería suspender el procedimiento hasta que la Comisión adopte su Decisión (W. ABDELGAWAD, *L'arbitrage international et le nouveau Règlement*, págs. 273-274).

Comisión emita la Decisión en conflicto. Ahora bien, por el principio de celeridad del proceso arbitral, su suspensión solo debe adoptarse cuando la contradicción entre el laudo y la decisión -de la Comisión o de la autoridad nacional de competencia- sea real y no meramente hipotética. Por tanto, los árbitros no deberían suspender el proceso por el mero hecho de que pudiera instarse una investigación administrativa.

Los dos *principios* que deben inspirar el arbitraje son, además del ya estudiado de la *eficacia del laudo arbitral*, la *autonomía de la voluntad de las partes*. En efecto, las partes que han elegido el arbitraje como modo de resolución de sus disputas son las que *gobiernan* dicho arbitraje. El poder de los árbitros en el arbitraje se lo otorgan las partes que los han elegido. Por tanto, la decisión de suspender o no el procedimiento arbitral, la deberían tomar los árbitros teniendo en cuenta la opinión de las partes. Si éstas no se pusiesen de acuerdo, los árbitros podrían acordar unilateralmente dicha suspensión.

3. Comunicación de las sentencias arbitrales a la Comisión

Los Estados miembros tienen la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias dictadas por sus órganos jurisdiccionales, en las que se hayan aplicado los arts. 81 u 82 TCE (art. 15.2 R 1/2003). El Reglamento 1/2003 dispone que la remisión de la copia de las sentencias deba realizarse después de que éstas hayan sido notificadas a las partes. Ante esta obligación de remisión de sentencias, cabría preguntarse si los árbitros, por analogía, del mismo modo que pueden aplicar los arts. 81 y 82 TCE, deberían someterse, también, a idénticas obligaciones respecto de los órganos jurisdiccionales, y, por tanto, si estarían obligados a remitir a la Comisión una copia de los laudos arbitrales en los que hubieran aplicado los arts. 81 y 82 TCE.

Si bien es razonable preguntarse si los árbitros deberían quedar sometidos a la misma disciplina que los tribunales nacionales, respecto de esta obligación de los Estados miembros de remitir una copia de las sentencias dictadas sobre la aplicación del art. 81 y 82 TCE, podría considerarse que es una cuestión de menor importancia¹¹⁹.

En efecto, el objetivo de la imposición de este deber no es otro que informar a la Comisión. Por tanto, llegado el caso, con esta obligación no se evitarían aplicaciones incorrectas del Derecho de la competencia por parte de los jueces nacionales. Con este panorama, teniendo en cuenta, además, la naturaleza privada y confidencial de los arbitrajes, no se considera relevante cuestionarse si los laudos arbitrales -documentos no públicos- deben ser remitidos a la Comisión cuando hayan aplicado los arts. 81 y 82 TCE.

En el sentido contrario del canal de comunicación, los árbitros ostentan dos vías -podría plantearse como una alternativa- para obtener información que posee la Comisión:

¹¹⁹ Según algún autor, la remisión de los laudos arbitrales a la Comisión es inconcebible, a menos que así lo acepten las partes implicadas en el proceso arbitral [vid. L. IDOT, «Arbitration and the Reform of Regulation 17/62», en C.D. EHLERMAN/I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual: 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pág. 318].

1. A través de una comunicación directa entre el órgano arbitral y la Comisión, con el acuerdo de las partes en el proceso y, si no lo hay, por iniciativa unilateral del árbitro si lo considera relevante y siempre que se respeten los principios de transparencia e igualdad entre las partes.
2. Mediante la solicitud del árbitro a cualquiera de las partes respecto de documentos que éstas hayan remitido a la Comisión, siempre respetando, eso sí, la confidencialidad y el secreto profesional.

4. Recurso en caso de inaplicación del Derecho de la competencia

Los laudos arbitrales pueden ser objeto de control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Este control debe quedar limitado a la nulidad del laudo y a su reconocimiento y ejecución¹²⁰. Ante cualquiera de estas peticiones, el juez nacional deberá analizar si el laudo arbitral atenta contra el orden público de ese Estado.

El TJCE ha considerado que el art. 81 TCE es orden público de los Estados miembros de la UE: *«No obstante, con arreglo al art. 3, letra g) del Tratado CE [actualmente, art. 3 CE, apartado 1, letra g)], el art. 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del art. 85 del Tratado, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de plenos derecho. [...] En efecto, por los motivos mencionados en el apartado 36 de la presente sentencia, el art. 85 del Tratado puede considerarse una disposición de orden público en el sentido de dicho Convenio»*.

5. Retirada del beneficio de una exención por categorías

La Comisión puede retirar individualmente el beneficio de un Reglamento de exención por categorías cuando estime, en el caso concreto, que la aplicación de dicho Reglamento provoca efectos incompatibles con el art. 81.3 TCE (art. 29.1 R 1/2003).

La autoridad nacional de competencia, por su parte, también puede retirar el beneficio de una exención por categorías, cuando entienda que la aplicación del Reglamento de exención produzca efectos incompatibles con el art. 81.3 TCE en el territorio de un Estado miembro o en una parte de dicho territorio que represente un mercado geográfico distinto (art. 29.2 R 1/2003).

Los árbitros, al igual que los órganos jurisdiccionales, no tienen esta posibilidad de retirada individualizada de exenciones. Por tanto, no podrían, llegado el caso, materializar una retirada formal de la aplicación de un Reglamento de exención por categorías.

Ahora bien, lo que sí podrían hacer es declarar incompatible con el Derecho de la competencia una entente en la que no concurren los presupuestos del art. 81.3 TCE. Por lo tanto, aunque la consecuencia final sea la misma, la vía

¹²⁰ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.* 1999, pág. I-3.055, apartado 35.

seguida, sin embargo, es diferente y resulta respetuosa con la nueva regulación.

6. Control del Laudo arbitral en el *exequátur*

Los laudos arbitrales se consideran cosa juzgada entre las partes implicadas. Sin embargo, no existe ningún órgano en el contexto arbitral que pueda hacer cumplir el contenido de los laudos de forma coactiva. Por tanto, si las partes no cumplen voluntariamente lo acordado, la única posibilidad de exigir el sometimiento a lo dispuesto en el laudo es acudir a un órgano jurisdiccional.

La parte interesada en el laudo arbitral puede solicitar la ejecución del mismo ante los jueces y tribunales de un Estado. Los órganos jurisdiccionales nacionales ante los que se pide la ejecución del laudo aplicarán sus normas en la materia para proceder a conceder el *exequátur* o a denegarlo, según el caso.

El Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1958, está en vigor en ciento cincuenta países. Por su extenso ámbito de aplicación espacial, es la norma esencial para el análisis del *exequátur* de los laudos arbitrales, sobre todo si tenemos en cuenta que veinticinco países (veintiocho en la actualidad) de la UE son parte del Convenio.

El Convenio de Nueva York es aplicable para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, con independencia del país del que procedan¹²¹.

Por lo tanto, en principio, la parte interesada podrá acudir a los jueces y tribunales de un Estado parte del Convenio de Nueva York y solicitarles la ejecución del laudo arbitral, sin importar en qué Estado haya sido dictado. Los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes, entonces, tendrán que verificar que no concurre ningún motivo para denegar la ejecución de la sentencia arbitral, comprobado lo cual, declararán ejecutivo el laudo y se podrá proceder a la ejecución efectiva del mismo.

Uno de los motivos que recoge el Convenio de Nueva York para no reconocer o ejecutar el laudo arbitral, es el atentado contra el *orden público internacional del foro* (art. V.2.b). Las normas de Derecho europeo de la competencia forman parte del orden público de todos los Estados parte de la Unión Europea, por lo que, si se solicita la ejecución de una sentencia arbitral en un Estado europeo, y dicho laudo arbitral no ha respetado las normas comunitarias de competencia, no va a ser ejecutado en dicho Estado por infracción del orden público¹²².

¹²¹ A menos que algún Estado parte realice una reserva al respecto, y disponga que sus órganos jurisdiccionales solo van a reconocer y ejecutar sentencias arbitrales que procedan de otro Estado contratante (art. I.3).

¹²² STJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, C-126/97, *Rec.*, pág. I-3.055, apartados 36-39.

No obstante lo dicho anteriormente, algún autor entiende que la excepción de orden público debería alegarse solo cuando las normas de competencia no observadas en el laudo arbitral sean las correspondientes a un *Estado estrechamente vinculado con el caso*. De este modo, un órgano jurisdiccional no debería acogerse al no respeto de las normas de competencia del foro para no ejecutar un laudo arbitral, cuando se trata de un Estado -el del foro- alejado de la esfera del supuesto de hecho.

Del mismo modo, tampoco debería apreciar exceso por parte del árbitro – excepción *ultra petita*- si ha observado normas de competencia no recogidas en la ley elegida por las partes, siempre que dichas normas estén estrechamente conectadas con el caso. Es más, los órganos jurisdiccionales deberían poder rechazar la ejecución de un laudo arbitral cuando el árbitro no ha tenido en cuenta las normas de competencia de un ordenamiento de un tercer Estado conectado con el asunto.

Al lado de las dos posturas anteriores -la que considera que un motivo para denegar la ejecución de un laudo arbitral es el atentado contra el orden público internacional del foro, y la que entiende que solo debería alegarse el orden público internacional del foro cuando el Estado requerido esté estrechamente vinculado con el caso- encontramos una tercera tesis: por el principio de aplicación uniforme del Derecho europeo, cuando el árbitro que ha dictado el laudo esté situado en un Estado de la UE y el juez ante el que se solicita la ejecución de dicho laudo también forma parte del territorio comunitario, la infracción de las normas del Derecho europeo por parte del árbitro siempre sería un motivo para no ejecutar la sentencia arbitral en territorio comunitario.

El *espacio comunitario* se convertiría, a estos efectos, en un único foro y, por tanto, los jueces a los que se les pide la ejecución de un laudo arbitral dictado en la Unión Europea deberían poder alegar el orden público para denegar la ejecución, cuando se hayan vulnerado normas del Derecho europeo de la competencia, aunque dicha infracción no afecte directamente a ese concreto Estado miembro en el que se sitúa el juez competente para el *exequátur*.

Lo importante es que la vulneración de estas normas comunitarias afecte al espacio intracomunitario.

Se podría, incluso, ir más allá: Cuando el acuerdo anticompetitivo afecte al mercado intracomunitario, los árbitros competentes para conocer del asunto, aun estando situados fuera de la UE -Suiza, *ad ex.*- deberían aplicar las correspondientes normas del Derecho comunitario. El factor relevante para el Derecho europeo de la competencia, es que *el comportamiento anticompetitivo afecte al mercado intracomunitario*, independientemente de que el acuerdo se haya concluido fuera de la UE y por parte de empresas con sedes extracomunitarias¹²³.

¹²³ STJCE 28 abril 1998, *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, C-306/96.

II. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR POR CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Nulidad del convenio arbitral

La sentencia del TJUE, de 26 de octubre de 2006, recaída en el asunto C-168/05, Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium S. L., resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores.

El Tribunal de Justicia decide sobre el problema de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas y la nulidad del convenio arbitral.

En concreto, la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, trata sobre la validez de una cláusula de sumisión a un arbitraje privado, cláusula considerada abusiva por parte del Tribunal que conoce de un recurso de nulidad del laudo arbitral, suscitándose el problema en relación a la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad del convenio arbitral *cuando el consumidor no invocó dicha nulidad en el procedimiento arbitral*.

Los hechos origen de la cuestión son los siguientes:

La Sra. Mostaza Claro celebró con la empresa Centro Móvil Milenium S.L. un contrato de abono a una línea de telefonía móvil. Dicho contrato contenía una cláusula compromisoria que sometía cualquier litigio derivado de él, al arbitraje de equidad de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE); dado que, según la empresa de telefonía, la Sra. Mostaza no había respetado el plazo mínimo de contratación y abono de la línea de telefonía móvil, la empresa inició un procedimiento arbitral ante la AEADE.

La AEADE notificó a la consumidora que había aceptado el arbitraje encomendado por la empresa y le concedía un plazo de diez días para que manifestara su no aceptación del arbitraje, lo que hubiera dejado abierta en todo caso la vía judicial, la Sra. Mostaza expuso sus alegaciones sobre el fondo de la controversia, aportando documentación pero no alegó que el convenio arbitral fuera nulo.

El árbitro designado dictó laudo arbitral el día 22 de septiembre de 2003, declarando que la Sra. Mostaza había incumplido el contrato, debiendo abonar a la empresa una suma por daños y perjuicios así como el pago de las costas del procedimiento arbitral.

La usuaria presentó ante la Audiencia Provincial de Madrid un recurso de anulación del laudo arbitral, uno de cuyos motivos era la nulidad del convenio arbitral al ser nula la cláusula de arbitraje, conforme a los arts. 8.2 de la ley sobre Condiciones generales de la Contratación (LCGC), y arts. 10 y 10 bis en relación con la disp. adic. 1.ª V núm. 26 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 1734/1984 (LGDCU)¹²⁴.

¹²⁴ La disp. adic. 1.ª de la Ley 26/1984, hace referencia a las cláusulas abusivas, entre las cuales, en el núm. 26 recoge: «*La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se*

La entidad Centro Móvil Milenium se opuso sosteniendo entre otros motivos que la alegación de nulidad del convenio era una cuestión nueva, no planteada en el procedimiento arbitral y que no debía ser tenida en cuenta conforme al art. 23 de la Ley de Arbitraje de 1988.

Hay que aclarar que, en el litigio pendiente ante la Audiencia Provincial y que suscitó la duda resuelta por el TJCE, la legislación aplicable era la Ley de Arbitraje de 1988, cuyo art. 23.1 disponía que *«La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales»*.

Para la Audiencia Provincial, no hay duda de que, en este caso, el convenio arbitral es nulo por implicar una cláusula abusiva conforme al art. 10 bis y disp. adic. 1.^a V núm. 26 de la LGDCU y art. 8 de la LCGC. La duda por la que el tribunal plantea cuestión prejudicial ante el TJCE no es por tanto ésta, sino la posibilidad de que el tribunal que conoce de un recurso de anulación de un laudo arbitral pueda apreciar la nulidad, por estimar que el convenio contiene una cláusula abusiva, cuando esta cuestión se alega por la consumidora en el recurso de anulación, pero no se opuso en el procedimiento arbitral.

El TJCE resuelve en sentido positivo a la pregunta al contestar a la cuestión prejudicial planteada por Auto, de 15 de febrero de 2005, de la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, en los siguientes términos: *«La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación»*.

El fundamento para que un juez pueda apreciar de oficio la nulidad de una cláusula de sumisión a arbitraje cuando la propia consumidora no la alegó en su momento y solo lo hizo con posterioridad al dictado del laudo que le fue desfavorable, según el TJCE, se basa en el denominado *principio de efectividad*. Principio incluido entre las facultades concedidas al juez nacional para que pueda alcanzar el resultado previsto por la Directiva, necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta el riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercerlos¹²⁵.

Como señala la Profesora MANGAS¹²⁶, una las consecuencias del principio de

trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico».

¹²⁵ Ap. 28 de la sentencia del TJCE de 26 de octubre de 2006.

¹²⁶ MANGAS MARTÍN, A., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 432.

cooperación leal que impone el art. 10 del Tratado CE¹²⁷, es que la obligación de asegurar los derechos reconocidos por el orden comunitario exige de todas las autoridades nacionales y, especialmente, del juez, su ejecución «*sin que le puedan ser opuestas reglas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean, correspondiendo al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar el procedimiento jurídico conducente a ese resultado*»¹²⁸.

Esto implica, en principio, un respeto al derecho nacional y a los cauces procesales que existan en el orden interno mediante los cuales se deben ejercitar los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Sin embargo, este respeto a los cauces procesales nacionales tiene un límite basado en la obligación de garantizar la plena eficacia y primacía del derecho comunitario de forma que, como señala la Profesora MANGAS, la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos por el derecho comunitario no puede encontrar ningún obstáculo en el Derecho nacional¹²⁹.

La tutela judicial efectiva comunitaria impone, por tanto, al juez nacional la obligación de hacer efectivos los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹³⁰ establece que el acceso a las vías procesales nacionales para el ejercicio de los derechos reconocidos por el derecho comunitario no podrá hacerse en condiciones menos favorables que para las reclamaciones fundadas en el derecho interno (*principio de equivalencia*), ni tampoco en condiciones que hagan prácticamente imposible el ejercicio de los derechos concedidos por el ordenamiento comunitario (*principio de efectividad*).

En el caso concreto, el TJCE estima que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en cuanto a la capacidad de negociación como a la información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas¹³¹.

¹²⁷ Art. 10 CE: «*Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado*».

¹²⁸ SSTJCE de 11 de diciembre de 1973, as. *Lorenz*, 120/73 y *Nordsee* 122/73.V

¹²⁹ MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, pág. 433.

¹³⁰ SSTJCE de 9 de noviembre de 1983 *Administración de Hacienda c. San Giorgio*, de 19 de noviembre de 1991 *Francovich*, de 5 de marzo de 1996 *Brasserie de Pêcheur y Factortame III*.

¹³¹ Ap. 25 de la STJCE de 26 de octubre de 2006 y STJCE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat editores*.

Atendidos tales principios, el Tribunal de Luxemburgo considera que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo, tanto para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su art. 7. En definitiva, dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio a la utilización de las cláusulas abusivas en contratos celebrados por un profesional con consumidores¹³².

El tribunal completa su argumentación acudiendo, incluso, al concepto de *orden público comunitario* para rechazar las alegaciones de la empresa de telefonía y del Gobierno Alemán, que, en el procedimiento prejudicial se habían mostrado contrarios a la solución finalmente acogida, y sostenían que si se permitiera al órgano jurisdiccional apreciar la nulidad de un convenio arbitral aunque el consumidor no haya propuesto dicha excepción en el procedimiento de arbitraje, quedaría menoscabada la eficacia de los laudos arbitrales, ya que por ello el control de los laudos tiene un carácter limitado y solo puede obtenerse la anulación en casos excepcionales.

La representación de la empresa alega, además, que la Sra. Mostaza Claro no era una consumidora sino una empresaria autónoma, que además negoció individualmente la cláusula de sumisión al arbitraje y que, en todo caso, se produciría una vulneración del principio de legalidad y de contradicción e incluso del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, ya que la consumidora tuvo oportunidad de oponerse al arbitraje en su momento y se sometió a él voluntariamente.

El Gobierno Alemán, en una línea parecida, entiende que cuando un consumidor se ha sometido a un procedimiento arbitral sin oponer la excepción de nulidad de la cláusula arbitral, dicha excepción ha precluido y no puede alegarla en el posterior proceso de anulación del laudo.

En las observaciones presentadas por Alemania, además, alegan la posible vulneración del principio de seguridad jurídica en este caso. Para el Estado Alemán no es aplicable la doctrina de la STJCE de 27 de junio de 2000, asunto *Océano Grupo Editorial*, pues en dicho supuesto el consumidor no tenía otra alternativa que someterse a dicho procedimiento ante el tribunal judicial ordinario y aceptar los inconvenientes de la situación geográfica por la distancia, si quería defender sus derechos.

El TJCE contesta a estas alegaciones declarando que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo¹³³, y, sin duda, las normas vulneradas de la Directiva constituyen disposiciones

¹³² Ap. 27 de la sentencia de 26 de octubre de 2006 y STJCE de 27 de junio de 2000 as. *Océano Grupo Editorial* y 21 de noviembre 2002 as. *Cofidis*.

¹³³ Ap. 35 de la STJCE de 26 de octubre de 2006 y STJCE de 1 de junio de 1999, as. *Eco Swiss* ap. 37.

imperativas de obligado cumplimiento, cuando el art. 6.1 de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor».

Con mayor claridad, el Abogado General Antonio TIZZANO siguiendo en este sentido las observaciones de la Comisión Europea, hace expresa mención al mismo en su propuesta de resolución al TJCE y así se refiere a la nulidad del laudo «por ser contrario al orden público», mención expresa que no recoge la parte dispositiva de la sentencia pero que hay que entender implícita.

A juicio de la Comisión Europea en sus observaciones, las normas de la Directiva 93/13, son normas de orden público, pues se trata de disposiciones de armonización aprobadas con el fin de garantizar una protección más eficaz del consumidor en el ámbito del mercado interior. Se trata, según la Comisión de disposiciones incluidas en el «*fortalecimiento de la protección de los consumidores*» enumerada en el art. 3 letra t del TCE.

El Abogado General TIZZANO, añade otro argumento para reforzar la aplicación del orden público ante este tipo de cláusulas abusivas, al decir que si la tesis de la Comisión pudiera tener el riesgo de dar un alcance excesivamente amplio al concepto de orden público reservado para normas de absoluta y primordial importancia, cabría encontrar otro argumento basado en el menoscabo que tales cláusulas suponen para el derecho de defensa, derecho que según reiterada jurisprudencia del TJCE debe salvaguardarse «*en todo procedimiento incoado contra una persona y que puede terminar en un acto que le sea lesivo*»¹³⁴.

2. Precedentes en la apreciación de oficio de cláusulas abusivas

La Sentencia de 26 de octubre de 2006, incide en idéntica doctrina de resoluciones anteriores. Ya en la sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto *Cofidis*, el Tribunal de Justicia reconoció a los jueces la facultad de apreciar la ilegalidad de una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no la hubiera invocado dentro del plazo establecido por el derecho nacional.

Otro ejemplo puede ser la cuestión prejudicial, citada antes, resuelta por sentencia del TJCE, de 27 de junio de 2000, planteada por el juez de primera instancia núm. 35 de Barcelona, en los asuntos acumulados C-240/98 a 244/98 *Océano Grupo Editorial S.A. y Salvat Editores S.A. contra Rocío Murciano Quintero y otros*.

Los contratos de empresas editoriales, contenían la cláusula de sumisión expresa a los juzgados de Barcelona, lugar donde se presentaron las demandas por las empresas editoriales contra consumidores que tenían sus domicilios en otros lugares de España.

Según el juez, la normativa interna procesal vigente en el momento de presentación de la demanda (juicio de cognición), no le permitía apreciar de

¹³⁴ SSTJCE de 29 de junio de 1994 y 24 de octubre de 1996.

oficio el carácter abusivo de la cláusula al realizar la valoración previa a la admisión de la demanda a trámite, siendo presumible que el demandado permaneciera en rebeldía, al emplazársele ante un juzgado muy alejado de su domicilio, por lo que tampoco se produciría la posible alegación de nulidad de la cláusula por la parte demandada.

Ante dicha situación, el juez español consultaba al Tribunal de Justicia, si el ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (en ese momento todavía no transpuesta al ordenamiento español, si bien ya había transcurrido el plazo de transposición), permitía al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas en el momento de la admisión a trámite de la demanda.

El Tribunal, siguiendo las conclusiones del Abogado General Antonio SAGGIO, resolvió declarando que el juez nacional está facultado por el Derecho comunitario para apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor, en el momento de la admisión de la demanda, aun cuando su normativa procesal interna no se lo permita.

3. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006, en otros supuestos de arbitraje

Teniendo en cuenta que las sentencias del TJCE siguen la técnica del precedente en el sistema anglosajón y en consecuencia la jurisprudencia constituye una *fuerza de derecho* que el juez *está obligado a aplicar*, es necesario examinar cuáles son las consecuencias de la sentencia del TJCE, de 26 de octubre de 2006, y su posible aplicación a otros supuestos similares.

La técnica del precedente en el sistema anglosajón comporta dos elementos esenciales: por una parte, el proceso por el cual se establece el contexto fáctico del precedente en relación con el caso concreto y, por otra parte, la averiguación de la *ratio decidendi*.

En principio se determina si el precedente en cuestión es aplicable, en el plano de los hechos, al caso concreto. Si el contexto de los hechos del precedente es comparable con el caso a resolver, se procede entonces a descubrir la *ratio decidendi* del precedente a fin de aplicarla al caso concreto.

La *ratio decidendi* no es otra cosa que la motivación de la sentencia, de la cual se extrae el principio aplicable al caso.

Respecto a la posible aplicación de la doctrina de la mencionada sentencia a otros supuestos relacionados con el arbitraje, se puede decir que:

1. Si bien la redacción de los arts. 6 ó 22 de la Ley de Arbitraje de 2003 son diferentes de lo establecido por el art. 23 de la Ley de 1988, lo cierto es que las consecuencias tras la sentencia del TJCE son las mismas. El antiguo art. 23 decía que «*la oposición al arbitraje por [...] nulidad [...] del convenio arbitral, deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales*».

El actual art. 6 de la Ley del 2003 lo configura como *renuncia tácita* a las facultades de impugnación, al señalar que «*Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley*».

Puede observarse, sin embargo, una diferencia en relación al antiguo art. 23 ya que el vigente art. 6 se refiere expresamente a «infracción de alguna norma dispositiva», por lo que no rige cuando se trata de normas imperativas.

Por otra parte, no plantea dudas la aplicación del precedente establecido por la sentencia de 26 de octubre de 2006 a los supuestos regidos por la nueva Ley de Arbitraje, si se tiene en cuenta que su art. 22. 2, mantiene una redacción similar al antiguo art. 23 de la Ley de 1988, al decir que «*Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior*» (entre ellas la nulidad del convenio) «*deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación [...]*».

2. La sentencia del TJCE no es aplicable con carácter general a otros supuestos de sumisión a arbitraje en los que no intervengan consumidores, pues lo dicho por la resolución de 26 de octubre de 2006, no tiene por qué afectar *con carácter general* a todo tipo de arbitraje, por lo que no se cuestiona la validez del antiguo art. 23 ni de los vigentes arts. 6 ó 22 de la Ley de Arbitraje. Por tanto, sigue siendo perfectamente aplicable el art. 6 a todos los convenios arbitrales suscritos por las partes, excepto cuando el convenio se realice entre un consumidor y un empresario en una situación de desequilibrio, es decir, como dice la sentencia (citando la STJCE de 27 de junio de 2000. Océano Grupo Editorial [...]), «*cuando el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas*». En estas condiciones de desequilibrio, que son las que trata de proteger la Directiva 93/13, es cuando el convenio arbitral puede declararse nulo, aun cuando el consumidor no se hubiese opuesto en el convenio arbitral o cuando se presumiera la renuncia tácita por no haber denunciado dentro de plazo, o tan pronto como le sea posible, la infracción de las normas dispositivas de la Ley, como dice el art. 6 de la Ley de Arbitraje.
3. La doctrina de la sentencia de 26 de octubre de 2006, donde se resuelve un recurso de nulidad en la ejecución del laudo arbitral, sería aplicable si se parte de que la resolución se basa en el principio de efectividad, consistente en que la regulación del ordenamiento jurídico interno no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Basta con imaginar un supuesto como el que examina el TJCE, pero en que la consumidora en vez de presentar recurso de nulidad, se opone a

la ejecución o, aún más, no se opone a la ejecución pero el juez apreciando de oficio la nulidad de la cláusula por abusiva, se plantea la nulidad de convenio arbitral que ha dado lugar a la ejecución y decide no dar lugar a la ejecución.

Este supuesto de apreciación de oficio de la nulidad de un convenio arbitral en trámite de ejecución de sentencia, no es un caso teórico o de «laboratorio» sino que se ha planteado en la *praxis*. Así, algunos juzgados de Primera Instancia de Madrid han denegado la ejecución de laudos arbitrales, apreciando de oficio la nulidad del Convenio arbitral, a pesar de no haberse formulado oposición ni alegación alguna por los ejecutados.

En concreto, la misma Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid que planteó la cuestión prejudicial en el caso Mostaza, llegó a barajar la posibilidad de plantear una nueva cuestión prejudicial, ahora referida a la fase de ejecución de un laudo arbitral, e incluso inició el trámite previo al planteamiento de la misma, si bien finalmente decidió resolver por Auto de 19 de junio de 2007, aplicando la doctrina de la sentencia de 26 de octubre de 2006 a la fase de ejecución del laudo, modificando su criterio anterior y confirmando una resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, que había denegado la ejecución de un laudo al apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral.

Así, por providencia de 18 de diciembre de 2006, la Sección 21 de la Audiencia de Madrid concedió audiencia por plazo de 10 días a la parte apelante y al Fiscal para que pudieran alegar lo conveniente acerca de la posibilidad de plantear cuestión prejudicial sobre *«si la protección de los consumidores de la Directiva 93/13 [...] puede implicar que el Tribunal que conoce del procedimiento de ejecución de un laudo arbitral, respecto al cual no se ha promovido acción para su anulación, pueda denegar su ejecución por considerar de oficio que el convenio arbitral en base al cual se ha dictado el laudo supone una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor»*.

Se trataba de dos Autos de Juzgados de Primera Instancia de Madrid, cuyos titulares habían denegado la ejecución al apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral, aun cuando el consumidor no se había opuesto al procedimiento arbitral y no había alegado la nulidad del convenio, ni antes ni después del laudo. Tal denegación de las ejecuciones es apelada por la empresa que pretendía ejecutar el laudo arbitral.

La parte apelante, que representa a una empresa de comunicaciones, se opuso al planteamiento de la cuestión prejudicial, en principio con un argumento bastante contundente, al afirmar que *«le es absolutamente imposible al Juzgado de Primera Instancia, si no ha existido ningún tipo de alegaciones, ni en el expediente arbitral, ni en el expediente judicial, el poder saber o apreciar prima facie si un convenio arbitral está suscrito o no con un consumidor»*. Añadiendo que la Directiva 93/13 no es aplicable a las personas físicas que adquieran bienes o servicios para su ejercicio empresarial o profesional y por tanto se desconoce si la

persona física contratante puede ser una persona que realiza una actividad empresarial o profesional que adquirió el bien para integrarlo en un proceso productivo.

Asimismo considera el apelante que permitir que el tribunal que conoce la ejecución pueda entrar a valorar la legalidad o no del sometimiento al arbitraje y su validez, más aún cuando la parte no la invocó en el procedimiento arbitral, supondría vulnerar gravemente los principios de rogación y de seguridad jurídica imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo que estaríamos en una intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje.

El Fiscal, en este caso, también se opuso al planteamiento de la cuestión prejudicial pero por motivos completamente diferentes a los de la parte apelante. Así, empieza por señalar una diferencia importante entre el supuesto del caso Mostaza y el presente, pues mientras en el primero el laudo recurrido no era firme, en el presente caso sí lo es y es un título de ejecución con mucho más limitadas causas de oposición, en ningún caso relativas a cuestiones de fondo y por tanto sin que quepa según la regulación de la LEC (art. 556 LEC) el análisis de la validez o nulidad del convenio arbitral, añadiendo que éste es el criterio mayoritariamente seguido por distintas secciones de la Audiencia Provincial de Madrid.

Estos argumentos podrían hacer presumir que el Fiscal iba a seguir los postulados de la parte apelante para oponerse al planteamiento de la cuestión prejudicial, pero realmente, no se opone por estos motivos sino que, partiendo de que el planteamiento de la cuestión comunitaria supone una paralización del procedimiento y que se podría vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE) considera que con base a la sentencia del TJCE en el caso Mostaza, la duda que se plantea el tribunal queda respondida, posibilitando la apreciación de oficio de la nulidad, haciendo innecesario el planteamiento de la cuestión, aunque deja abierta la posibilidad de que el tribunal pueda valorar acordar plantear la cuestión, tanto por las diferencias entre este caso y el anterior como por la importancia general a efectos jurisprudenciales que puede tener una resolución del TJCE sobre el asunto.

De acuerdo con la doctrina de la sentencia del TJCE recaída en el caso *Cilfit*¹³⁵, aplicable a los tribunales que resuelven en última instancia como es el caso de la Audiencia Provincial en la ejecución de laudos arbitrales, existen dudas suficientes para plantear la cuestión, y por tanto no nos encontraríamos, como dice dicha sentencia, ante una aplicación del Derecho comunitario que se imponga «con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada» y que esa evidencia «se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al

¹³⁵ Sentencia del TJCE de 6 de octubre de 1982, as. 283/81.

Tribunal de Justicia»¹³⁶, pues difícilmente puede hablarse de «evidencia», como reconoce el propio Auto de la Sección 21 en el que se decide no plantear cuestión prejudicial, cuando afirma que «*esta cuestión, sumamente discutida y debatida en nuestros tribunales, ha venido dando lugar a la adopción por los mismos de resoluciones en parte contradictorias [...]*». Además existe una diferencia fundamental entre el supuesto del asunto Mostaza y esta segunda cuestión finalmente no planteada, pues en el primer caso se trataba de un laudo que todavía no era firme mientras que en el segundo supuesto nos encontramos ante un laudo arbitral firme, en el que habría que tener en cuenta, como señalaba en sus alegaciones la empresa de telefonía, el principio de seguridad jurídica.

De hecho esta hipotética segunda cuestión podría incidir en un interesante debate que existe en el seno del TJCE en relación con el principio de seguridad jurídica y sus excepciones, donde se han producido varios pronunciamientos y que como dijo el Abogado General Dámaso RUIZ JARABO en las conclusiones del caso *i-21 Germany GmbH* «*la invulnerabilidad de los actos firmes, incluso irregulares, se erige, en la pauta general, ya que ningún sistema tolera que la validez de las situaciones jurídicas se discuta indefinidamente*»¹³⁷.

En este debate en torno al principio de seguridad jurídica en relación con el principio de cooperación leal del art. 10 del TCE, se pueden traer a colación diversos pronunciamientos del TJCE en asuntos como el caso *Eco Swiss*¹³⁸ en relación a laudos arbitrales firmes y con efecto de cosa juzgada, el asunto *Kühne & Heitz*¹³⁹ en el caso de resoluciones administrativas que han adquirido firmeza o el asunto *Kapferer*¹⁴⁰ en supuesto de resolución judicial firme, o la sentencia recaída en el caso *i-21 Germany GmbH*¹⁴¹, también en un supuesto de resoluciones administrativas firmes.

En todo caso, el órgano jurisdiccional que pretende plantear una cuestión prejudicial debe tener en cuenta todos los elementos y es evidente que en la decisión de no planteamiento de la cuestión ha pesado sin duda el hecho, señalado expresamente por el Auto de la Sección 21, de la solución legal introducida por la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, que soluciona de cara al futuro el problema que motivó el planteamiento de la primera cuestión en el caso Mostaza y en

¹³⁶ Sentencia del TJCE de 6 de octubre de 1982, fund. 16.

¹³⁷ Conclusiones presentadas por el Abogado General Ruiz-Jarabo, Dámaso, el 16 de marzo de 2006 en el as. *i-21 Germany GmbH* (as. acum. C-392/04 y C-422/04).

¹³⁸ Sentencia del TJCE *Eco Swiss* de 1 de junio de 1999, as. C-126/97.

¹³⁹ Sentencia del TJCE *Kühne & Heitz* de 13 de enero 2004, as. C-453/00.

¹⁴⁰ Sentencia del TJCE *Kapferer* de 16 de marzo de 2006, as. C-234/04.

¹⁴¹ Sentencia del TJCE *i-21 Germany GMBH* de 19 de septiembre de 2006.

consecuencia el relativo a la ejecución.

Es presumible, por otra parte, que de haberse planteado la cuestión prejudicial, el Tribunal de Luxemburgo, por los mismos argumentos empleados en el caso Mostaza, al tratarse de un supuesto de protección de consumidores con normas imperativas o de orden público, habría llegado a la misma solución que en la sentencia del TJCE de 26 de octubre de 2006 y que finalmente se ha adoptado en el Auto de la Sección 21 de 19 de junio de 2007.

4. La aplicabilidad de la doctrina de la sentencia del TJCE si la cláusula de sumisión fuese a un arbitraje de consumo, es más difícil de responder pues la sentencia no entra a valorar si la cláusula es nula o no, sino que partiendo de que el tribunal que plantea la cuestión considera sin lugar a dudas la nulidad de la cláusula, el TJCE examina determinadas consecuencias procesales. Pero, aunque ni la sentencia del TJCE ni las Conclusiones del Abogado General examinan el porqué de la nulidad de la cláusula, se pueden encontrar argumentos en las observaciones presentadas por el Reino de España en el asunto Mostaza, para llegar a la conclusión de que la doctrina de esta sentencia no sería aplicable a cláusulas de sumisión al arbitraje de consumo.

Como se dice en las observaciones presentadas por España, al referirse en general a los supuestos de determinadas cláusulas de sumisión a arbitraje privado como la recogida en el contrato entre la Sra. Mostaza y la empresa de comunicaciones, *«la inclusión de convenios arbitrales como condición general suele responder al interés de la empresa en imponer al consumidor el sometimiento al arbitraje administrado por una institución arbitral con la que en muchas ocasiones mantiene acuerdos previos»*, añadiendo que existe *«una preocupación creciente por este peligro que puede determinar el abuso del arbitraje por ciertas instituciones arbitrales que en connivencia con la parte más poderosa económicamente en el contrato, el empresario, designa quién debe ser el árbitro, careciendo éste de la debida imparcialidad y concluye diciendo que este razonamiento ha conducido a la mayoría de las legislaciones actuales a establecer normas tuitivas de los consumidores, en orden a evitar las injusticias derivadas de su posición contractual más débil en la contratación»*.

Estos argumentos serían suficientes para distinguir el supuesto de sumisión a arbitraje privado, del pacto de sumisión a arbitraje de consumo, que de acuerdo con el Real Decreto de 3 de mayo de 1993 por el que se reguló inicialmente el sistema arbitral de consumo, se trata de un arbitraje voluntario, gratuito, sin formalidades especiales y cuya composición tripartita (representante de la Administración, otro de los empresarios y un tercero de los consumidores) garantiza el equilibrio y la igualdad entre las partes.

De este modo, aun en el supuesto de que el sometimiento a una cláusula de arbitraje de consumo, apareciese en un contrato de adhesión, no negociada individualmente, para que sea considerada

abusiva conforme al art. 3 ap. 1 de la directiva 93/13, no basta con estos requisitos sino que además exige que *«pese a las exigencias de la buena fe, cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»* y es evidente que las características del arbitraje de consumo que establece un procedimiento ágil, sencillo, gratuito, con garantía de imparcialidad y que evita el proceso judicial, no puede considerarse que cause un desequilibrio del consumidor en cuanto a los derechos y obligaciones del contrato.

5. La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios en cuanto a la sumisión a arbitrajes privados, distintos del de consumo, aporta una solución práctica que puede resolver todos los problemas que se han examinado aquí, al menos para los contratos concluidos después de su entrada en vigor, al reformar el art. 31 de la LGDCU, adicionándole un nuevo apartado cuarto que dice:

«Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de sumisión a órganos de arbitraje internacionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos».

Como se señalaba antes, ésta es una de las razones valoradas por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid en el razonamiento jurídico cuarto del Auto de 19 de junio de 2007 para justificar la decisión de no plantear finalmente la cuestión prejudicial anunciada, ya que el problema surgido a partir del caso Mostaza, dejaría de plantearse en el futuro ante la nueva regulación por la Ley 44/2006 y por tanto el problema quedaría reducido a una situación transitoria.

Ha sido la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, la que procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

El Tribunal aprecia incumplimiento del artículo 83 del texto refundido, dada la facultad atribuida al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, para integrar la parte afectada por la nulidad con

arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo, previsto en el art. 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio ejercido sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores. Y ello en la medida en que podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas¹⁴² al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

III. LAS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS

1. Introducción

La confluencia de diferentes factores entre los que destacan la complejidad de la vida moderna, el reconocimiento de los derechos humanos, la concienciación de los consumidores y el desarrollo de una cultura litigiosa en los Estados Unidos, ha hecho proliferar los procedimientos judiciales en todo el mundo¹⁴³.

Esta proliferación de litigios¹⁴⁴ no se ha visto acompañada por un avance paralelo de los medios y de los procedimientos con que cuenta la Administración de Justicia.

De ahí que la lentitud, complejidad y carestía de los procedimientos judiciales constituyen, en mayor o menor medida, un común denominador.

Como consecuencia de este «boom» litigioso y de la forma insatisfactoria con que el mismo se afronta, en muchos países se están abordando reformas de las leyes procesales a fin de ofrecer una justicia más rápida y más barata.

¹⁴² Vid. GALLEGO DOMINGUEZ I., «Los instrumentos de protección de los consumidores y usuarios: En particular las cláusulas abusivas», en V Jornada Técnica Provincial sobre Consumo. *Actualización normativa para la protección del Consumidor*, coordinado por F. Mármol Bernal y M. Izquierdo Carrasco, Córdoba, 2007, págs. 89 a 13.

¹⁴³ Aunque la carga de asuntos que pesa sobre los Tribunales de algunos países es excesiva y creciente, lo cierto es que no es nueva la reivindicación judicial sobre el exceso de causas y la necesidad de un número superior de jueces. Así, por ejemplo, John Marshall -primer presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos- pronunció un discurso en la Convención del 20 de junio de 1788 atacando a los que sostenían que el sistema federal destruiría los Tribunales estatales y locales y dijo: «¿Acaso no saben todos los caballeros que hoy están aquí que las causas que se tramitan en nuestros tribunales son más numerosas que las que ellos pueden decidir, de acuerdo con la presente estructura? Mirad el registro de causas. Los encontraréis repletos de pleitos que la vida de un hombre no verá terminados».

¹⁴⁴ En los Estados Unidos el número de litigios ha aumentado considerablemente (de 14 millones de litigios en 1984 a 18 millones en 1990). Igualmente se ha incrementado el número de abogados (de 355.000 en 1971 a 950.000 en 1998). Estados Unidos tiene 307 abogados por cada 100.000 habitantes, frente a los 102 en Gran Bretaña, 82 en Alemania y 12 en Japón. El Vicepresidente Dan Quayle denunció que los americanos gastan anualmente 80.000 millones de dólares en litigios (*Business Week*, 13 abril 1992). Con todo, se estima que más del 95 por ciento de las disputas no llegan a los Tribunales.

Es de destacar el proyecto de reforma del proceso civil desarrollado en Inglaterra (el *Woolf Report*) que se basa en tres principios: el desplazamiento de iniciativa de las partes al juez (*judicial case management*); que los asuntos sean decididos en el nivel apropiado, y que los asuntos que lo requieran sean resueltos por jueces especializados (civil, penal, mercantil, matrimonial)¹⁴⁵.

Pero además de estas reformas han surgido en todas las sociedades y particularmente en los Estados Unidos movimientos importantes para hallar soluciones alternativas a los procedimientos judiciales.

Estas manifestaciones constituyen una respuesta a la mencionada problemática y persiguen: resolver las controversias de forma rápida, sencilla y barata, y producen óptimos resultados aliviando a la Administración de Justicia que puede concentrarse en la resolución de las disputas de mayor complejidad técnica o importancia social.

2. Las fórmulas alternativas a la resolución de disputas

Las «*alternativas a la resolución de litigios*» o *alternative dispute resolutions*¹⁴⁶ constituye el nombre genérico que se da a una variedad de procedimientos que generalmente introducen un tercero, imparcial e institucionalizado en mayor o menor grado, con el objetivo de resolver controversias jurídicas evitando acudir a los procedimientos ante los tribunales de justicia. Las *alternative dispute resolutions* se describen como procedimientos «*colaborativos*», «*resolvedores de problemas*» y «*no adversarios*».

Las *alternative dispute resolutions* han conseguido gran popularidad en estos últimos tiempos especialmente en los Estados Unidos¹⁴⁷. Este fenómeno es, no obstante, relativamente nuevo en el mundo. La aceptación de estos procesos no judiciales por parte de la comunidad jurídica y del público en general ha resultado esencial para su desarrollo en los Estados Unidos y exigirá una apertura y una comprensión similar entre los políticos, jueces y juristas de los demás países para alcanzar parecido éxito.

Constituye el principal objetivo de las *alternative dispute resolutions* el ahorro de tiempo y de dinero en la resolución de conflictos en relación con los procedimientos ante los tribunales de justicia, con las ventajas siguientes:

a) Ahorro de tiempo.

Las *alternative dispute resolutions* requieren menor tiempo que los procedimientos judiciales. Los asuntos pueden ser decididos

¹⁴⁵ Hay mucha literatura en relación con el proyecto Woolf. Véase el discurso de Lord Irvine of Lairg QC (Ministro de justicia) en la *Conferencia del Bar Council* en Londres, 28 de septiembre de 1996.

¹⁴⁶ También denominadas inexactamente el «servicio privado de justicia».

¹⁴⁷ En los Estados Unidos existen numerosas organizaciones y asociaciones dedicadas a organizar y facilitar los procedimientos *alternative dispute resolutions*.

en una fracción del tiempo que exigen dichos procedimientos porque la preparación y el sistema probatorio de las *alternative dispute resolutions* poseen un carácter más cooperativo y menos formal que los procedimientos judiciales. Además la utilización de dilaciones, estrategia frecuente en los procedimientos judiciales, resulta más difícil¹⁴⁸.

b) Ahorro económico.

Como consecuencia del ahorro de tiempo, se produce un ahorro en el coste económico del proceso. Además, la flexibilidad de las *alternative dispute resolutions* permite a las partes diseñar las características del procedimiento que mejor se adapten al caso.

c) Mitigación de la hostilidad.

Cuando ha existido una relación prolongada entre las partes contendientes, el proceso judicial, independientemente de su resultado, suele comportar la cesación definitiva de aquella relación.

Uno de los objetivos de las *alternative dispute resolutions* consiste en resolver la discrepancia con rapidez evitando el enconamiento propio de las contiendas judiciales, y en reinstaurar la relación temporalmente interrumpida.

d) Resolución basada en el fondo.

Otra de las ventajas que hace atractivos las *alternative dispute resolutions* es el resolver la discrepancia en base en las razones intrínsecas del caso y no en argucias procesales.

En los Estados Unidos, menos del cinco por ciento de los casos que se sustancian ante los tribunales terminan en una sentencia fundada en los méritos intrínsecos del caso, siendo los restantes (la inmensa mayoría) transigidos, abandonados o finalizados mediante una resolución judicial basada en argumentos no sustanciales (por ejemplo, incompetencia de jurisdicción). Contrariamente, más del 50 por ciento de los arbitrajes administrados por la *American Arbitration Association* (que ya en 1988 alcanzaron la cifra de 53.000) terminan con una resolución basada en el fondo del asunto.

¹⁴⁸ El ahorro de tiempo es uno de los principales objetivos y ventajas de las *alternative dispute resolutions*. El programa *Excelleration* de la federación AFL-CIO que reúne a 13,5 millones de miembros en Estados Unidos constituye un arbitraje en materia laboral que contempla la audiencia de las partes dentro de los 15 días de su inicio y el laudo en el de 24 horas de la audiencia. El *Virtual Magistrate Project* del National Center for Automated Information Research para resolver disputas relacionadas con redes informativas contempla un procedimiento desarrollado por correo electrónico cuya resolución se produce en 72 horas.

e) Jueces privados.

Los jueces ordinarios suelen ser generalistas, teóricamente competentes para conocer cualquier clase de disputa, pero a menudo sin experiencia respecto del objeto del litigio. Es frecuente que los litigantes deban «educar» al juez respecto de las características del sector en el que la disputa se desarrolla.

Una fórmula de *alternative dispute resolutions* (rent-a-judge)¹⁴⁹ consiste en «alquilar» los servicios de un juez prestigioso, generalmente retirado y con experiencia en la materia. Estos expertos independientes suelen resultar jueces muy eficientes, especialmente en los casos en que técnicas industriales, comerciales o financieras complejas se hallan en el origen del conflicto.

Sectores como las bolsas de valores, la industria de la construcción, la industria de los ordenadores, la industria del seguro, etc., figuran entre los principales adeptos a este tipo de *alternative dispute resolutions* precisamente por la ventaja de contar con jueces especializados.

f) Privacidad.

En una época en que los procedimientos judiciales se retransmiten por televisión¹⁵⁰, las *alternative dispute resolutions* tienden a evitar una publicidad no deseada y garantizan la confidencialidad que las partes generalmente requieren.

g) Ni vencedores ni vencidos.

El énfasis de las *alternative dispute resolutions* en la conciliación y en el mantenimiento de la relación entre las partes ofrece la ventaja de obtener un resultado sin vencedores ni vencidos, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial¹⁵¹.

La historia de las *alternative dispute resolutions* discurre paralela a la de los sistemas judiciales. Aparte de las transacciones extrajudiciales, las *alternative dispute resolutions* han adoptado múltiples formas en aquellas sociedades que

¹⁴⁹ El *rent-a-judge* se inició en California para casos mercantiles complicados. Este procedimiento permite a los litigantes un proceso privado y rápido decidido por un juez de su elección. Por lo demás, se asemeja mucho al arbitraje, aunque las decisiones del juez privado pueden ser recurridas en mayor amplitud de casos.

¹⁵⁰ El caso más famoso fue el de O. J. Simpson (*People v. Orenthal James Simpson*): durante cerca de un año fue transmitido por cinco cadenas de televisión con una audiencia diaria de veinticinco millones de espectadores.

¹⁵¹ Se dice que nuestra sociedad se basa en que la solución de toda disputa aboca en una situación de ganador/vencedor (*win/lose*), mientras que las *alternative dispute resolutions* persiguen un resultado donde ambas partes resultan ganadoras (*win/win*).

fomentan la conciliación sobre los conflictos, como el Japón y ciertos pueblos africanos; el *ombudsman* en Suecia; los puritanos en la colonia de Massachusetts; los Bristol *mediators*, organización cuáquera que fomenta la solución de disputas entre vecinos, etc.

Entre los principales tipos de *alternative dispute resolutions* hay que distinguir aquellas cuyas resoluciones son ejecutivas de aquellas en que no lo son:

A) Procedimientos vinculantes o ejecutivos

- a) Arbitraje. El arbitraje es la forma de *alternative dispute resolutions* más conocida y más practicada y también más próxima al procedimiento judicial. Su aceptación resulta evidente si tenemos en cuenta la legislación de la mayoría de países, los tratados internacionales, las consolidadas instituciones de la *American Arbitration Association*, la Cámara de Comercio Internacional y otras (como por ejemplo el Tribunal Arbitral de Barcelona) y el gran número de asuntos que se someten al arbitraje comercial internacional.

El arbitraje nace de la voluntad de las partes, bien sea a través de una cláusula contractual de arbitraje o bien mediante la sumisión a arbitraje posterior al nacimiento de la controversia. Los árbitros se hallan constreñidos a decidir tan sólo las materias sometidas a ellos. Su laudo es ejecutivo y sólo puede ser impugnado en supuestos limitados. La naturaleza contenciosa y el carácter ejecutivo del laudo hacen del arbitraje la fórmula de *alternative dispute resolutions* más similar al procedimiento judicial.

- b) Arbitro-mediador (*Med. Arb.*). Este procedimiento conlleva una persona o entidad independiente que, actuando inicialmente como mediador, intenta conciliar la disputa y que, en el supuesto de no tener éxito, actúa entonces como árbitro del conflicto.
- c) Adjudicación. Con este procedimiento se intenta resolver con rapidez un conflicto, para posibilitar la consumación del fin del contrato especialmente en materia de construcción.

Cuando en el desarrollo de una obra surge una discrepancia (por ejemplo sobre la calidad de un material) el arbitrador resuelve tras oír a ambas partes en un breve plazo, permitiendo la continuación de la obra.

Si al final de los trabajos una o ambas partes no están satisfechas con la resolución de dicho arbitrador, pueden someter el asunto a un árbitro, el cual no queda vinculado por la resolución precedente.

- B) Procedimientos no vinculantes o no ejecutivos Las fórmulas comprendidas en este apartado no son vinculantes para las partes. Se trata de asistir a las partes para resolver la discrepancia sin imponerles una solución. En líneas generales, estas fórmulas consisten en un

análisis del asunto por parte de personas expertas pero ajenas al conflicto, de forma que, al final del proceso, las partes se han familiarizado con los puntos fuertes y débiles de sus respectivas pretensiones, encontrándose en situación favorable para transigir.

a) Negociación.

Se trata de introducir una cláusula en los contratos en la que se conviene que las partes intentarán negociar la solución de sus discrepancias antes de acudir a los tribunales. Aunque algunos consideran estas cláusulas superfluas, la realidad es que ofrecen la ventaja de establecer el momento y las reglas de la negociación antes de que la disputa surja y de crear un efecto psicológico favorable en la conducta de las partes. En la cláusula conviene pactar el tiempo, las personas y las reglas de procedimiento para la negociación. El considerar la negociación como una forma de *alternative dispute resolutions* realza su importancia. La realidad es que la inmensa mayoría de discrepancias se zanján a través de la negociación¹⁵². Previéndola y regulándola se fomenta su eficacia.

b) Mediación.

La mediación -analizada en líneas posteriores- constituye, sin duda, la fórmula de *alternative dispute resolutions* no vinculante más conocida y utilizada. Las partes colaboran directamente en el control del contenido de las discusiones y de cualquier acuerdo al que se llega. La mediación comporta la realización de múltiples reuniones, presentando cada parte sus argumentos a un mediador neutral que informa a cada parte de los puntos fuertes y débiles de cada parte.

Probablemente la característica más atractiva de la mediación es que el proceso es consensual y la solución está convenida por las partes y no una decisión impuesta¹⁵³.

Al no estar obligada a llegar a una solución estrictamente basada en los derechos de las partes, la mediación puede llegar a satisfacer más profundamente los intereses y necesidades de las partes (por ejemplo el empresario que reclama daños y perjuicios por incumplimiento de contrato que puede desear la indemnización de daños y perjuicios, o prefiere revitalizar el contrato incluso con nuevas cláusulas).

¹⁵² En los Estados Unidos se considera que un 95 por ciento de los casos litigiosos que surgen son resueltos por los abogados transaccionalmente, lo cual dice mucho en favor de estos profesionales.

¹⁵³ Howard J. Aibel, presidente de la Junta Directiva de la American Bar Association, «Mediation», *Dispute Resolution Journal*, abril-septiembre, 1996, pág. 25.

En la mediación se suelen distinguir las siguientes etapas: a) el acuerdo de mediación que puede tener lugar antes o después de la aparición del conflicto; b) la producción de la información necesaria; c) la selección de un mediador que debe ser experto e imparcial; d) la preparación mediante la determinación de los hechos y de las pretensiones; e) reuniones conjuntas con los representantes de las partes (*caucus*); f) reuniones privadas entre el mediador y cada una de las partes; g) la propuesta de transacción, y h) la confirmación de la transacción.

Este tipo de *alternative dispute resolutions* se aplica a multitud de campos, con especial éxito en los de la construcción, seguros, propiedad inmaterial (intelectual e industrial), propiedad inmobiliaria, mercado de valores, medio ambiente, etc.

La formación técnica y ética de mediadores es muy importante. De ahí que la *American Arbitration Association*, la *American Bar Association* y la *Society of Professionals in Dispute Resolution* hayan publicado unos modelos de conducta estándares para mediadores.

c) Conciliación.

La conciliación es la menos formal de las técnicas *alternative dispute resolutions* y es muy similar a la mediación. Se trata de facilitar la comunicación entre dos o más partes por un tercero neutral. Sin embargo, el conciliador no impone una resolución ni da siquiera una opinión como ocurre en la mediación.

d) Juicio sumario ante jurado (*summary jury trial*).

Este procedimiento consiste en un juicio de un día de duración ante un juez y un jurado a quienes los abogados presentan sus respectivas versiones de los hechos, dictando el jurado una resolución no vinculante. Un litigio complejo, que podría prolongarse durante muchos meses, puede ser seleccionado por el juez y presentado de forma sumaria a los abogados y a los miembros del jurado en una especie de juicio simulado.

Los jurados oyen los argumentos y la descripción de las pruebas que los abogados presentarían en el juicio real y, después de recibir indicaciones del juez, exponen cómo fallarían si se tratara de un juicio real. Psicológicamente este procedimiento satisface el deseo de las partes de tener su «día en los tribunales», promueve fácilmente una transacción en base a la recomendación del jurado y evita el coste de un procedimiento.

e) Mini-juicio (*mini-trial*).

Este es uno de los procedimientos *alternative dispute resolutions* que ha tenido más éxito y resulta particularmente atractivo para

conflictos complejos entre grandes compañías. Consiste en la presentación del caso por los abogados asesores de cada compañía, generalmente en presencia de los ejecutivos de cada parte y presididos por un presidente imparcial, normalmente un abogado de prestigio.

Después de esta presentación, los ejecutivos se retiran e intentan una transacción. Si no se logra, se pide al presidente que dé su opinión sobre el posible resultado en un proceso judicial, después de lo cual se intenta una nueva transacción. La decisión no es obligatoria y sólo sirve para facilitar una negociación transaccional y confidencial entre las partes.

Los mini-juicios suelen utilizarse en los casos en que la controversia incluye complejas materias de hecho y de Derecho y se suele intentar en la fase probatoria previa (*discovery phase*), cuando la perspectiva de los costes del litigio preocupa especialmente a las partes y el incentivo para alcanzar una transacción es más alto.

El objetivo consiste en que la opinión del asesor y las nuevas perspectivas facilitadas por las presentaciones de los letrados incentivan a las partes para llegar a una transacción. De acuerdo con las estadísticas, los mini-juicios alcanzan su objetivo de transacción en el noventa por ciento de los casos.

C) Otras formas de *alternative dispute resolutions*.

Existen muchísimas otras fórmulas de *alternative dispute resolutions*: el juicio sumario condicional (*conditional summary trial*); la conferencia transaccional supervisada por el juez (*judicially supervised settlement conference*) en la que el juez adopta una función activa de mediador a fin de poner término al litigio; la «Michigan mediation»; la evaluación neutral previa (*early neutral evaluation*) en la que las partes solicitan de un tercero experto neutral una opinión que evalúe, de forma informal y no vinculante, los derechos que asisten a las partes; el arbitraje o mediación juvenil (*Juvenile arbitration/mediation*), etc.

Las fórmulas de *alternative dispute resolutions* son tan variadas como la creatividad de las partes lo desea. Obviamente las formas que toman en consideración la especificidad de la controversia (por ejemplo, materia de hecho o derecho, amplitud de la prueba requerida, relaciones entre las partes, etc.) resultan siempre las más exitosas.

Otra clasificación importante de las *alternative dispute resolutions* consiste en aquella que distingue las *alternative dispute resolutions* que son presididas activamente por el juez de las *alternative dispute resolutions* en las que el juez sólo supervisa y de las *alternative dispute resolutions* en las que el juez remite el caso a terceros.

La American Bar Association, Standing Committee on Dispute Resolutions, Public Services Division Governmental Affairs Group, *Alternative Dispute Resolutions: A handbook for judges*, clasifica así las *alternative dispute resolutions* según la intervención del juez:

1. Procesos en los que el juez preside activamente

Juicio sumario condicional (*Conditional summary trial*). Consiste en un juicio abreviado ante un juez y los representantes de las partes con facultades para transigir. Si las partes no alcanzan a negociar una transacción, el juez selecciona una de las disposiciones sometidas por las partes.

La parte que rehúsa aceptar el resultado del juicio sumario y que posteriormente no obtiene un resultado más favorable en el procedimiento judicial ordinario debe pagar las costas del adversario.

Juicio sumario por jurado (*Summary jury trial*). Se trata de un juicio abreviado simulado, presidido por un juez designado para ayudar a los litigantes a determinar cómo un jurado evaluaría su caso. Resulta útil en los supuestos en que los métodos de transacción han resultado inútiles y para contiendas civiles donde la evaluación de los hechos es clave.

Conferencia transaccional supervisada judicialmente (*Judicially supervised settlement conference*). Se trata de una discusión transaccional en presencia y con la participación activa de un juez. Resulta útil para los procedimientos civiles en los que las opciones transaccionales no han sido todavía suficientemente exploradas.

2. Procesos supervisados por jueces

Maestros especiales (*Special masters*). En ellas, un individuo empleado por el tribunal colabora en la resolución de la disputa. Este procedimiento es útil para litigios civiles complejos o en los que actúan diversas partes.

Conferencia transaccional (*Settlement Conference*). Es una conferencia entre las partes, los abogados y un juez o un abogado neutral, dirigida a explorar posibilidades de transacción.

Mediación en divorcio (*Divorce mediation*). Un mediador imparcial asiste a las parejas que proyectan divorciarse en establecer sus propios acuerdos en las materias derivadas del divorcio.

Arbitraje obligatorio relacionado con el tribunal (*Court-annexed compulsory arbitration*). Se trata de un proceso de arbitraje obligatorio para reclamaciones de cantidad civiles por debajo de una cierta cantidad antes de acudir al juicio.

Si las partes discrepan de la decisión arbitral, tienen el derecho de acudir a juicio de nuevo, pero la parte que ejercita este derecho debe pagar las costas del arbitraje si no obtienen un resultado más favorable en el juicio. Resulta útil para las relaciones de indemnizaciones pecuniarias.

Plan de gestión de apelaciones civiles (*Civil Appeals Management Plan*). Se trata de la intervención de un abogado adscrito al tribunal de apelación anterior a la vista oral con el objetivo de facilitar la transacción.

Evaluación del caso (*Case evaluation-Michigan mediation*). Una sesión de evolución prejudicial en la que participan los abogados y las partes, presidida por un abogado experto en mediación que realiza una valoración del caso y discute con las partes la razón que les asiste.

Mediación en pequeñas reclamaciones (*Small claim mediation*). Se trata de un programa, generalmente relacionado con el tribunal, en el que las partes alcanzan acuerdos sobre acciones en pequeñas reclamaciones.

Arbitraje juvenil (*Juvenile arbitration*). Un proceso de resolver disputas involucrando a jóvenes como alternativa al proceso judicial formal.

3. Procesos a los que los jueces pueden remitir casos

«*Ombudsman*». Una persona neutral que investiga las reclamaciones realizadas por electores, clientes o empleados entre una institución u órgano del gobierno. Resulta útil en disputas sobre la legalidad de los actos de los funcionarios administrativos o de los órganos públicos.

Mediación en la comunidad (*Community mediation*). Se trata de un procedimiento en el que las disputas de vecindario pueden ser resueltas por mediadores voluntarios actuando en programas comunitarios sin ánimo de lucro. Útil en disputas propietario-arrendatario, consumidores, y entre vecinos.

Servicios privados de resolución de disputas (*Private dispute resolution services*). Se trata de entidades independientes que facilitan servicios de *alternative dispute resolutions* a cambio de una remuneración.

Juicios privados (*Private judging*). Consiste en la remisión de un caso, por acuerdo de las partes, a un «juez» seleccionado privadamente, cuya decisión se considera, de acuerdo con la legislación correspondiente, como una decisión del Tribunal. Resulta útil en los supuestos en los que se requiere experiencia en una determinada materia.

Arbitraje privado (*Private arbitration*). Es un proceso consensual en el que un tercero neutral analiza los argumentos y la prueba y dicta una resolución obligatoria. Útil en disputas contractuales y comerciales.

Negociación regulatoria (*Regulatory negotiation*). Es un proceso para desarrollar normas administrativas en las que los representantes de las partes afectadas se reúnen para desarrollar un consenso en las normas referidas.

Pequeño juicio (*Mini-trial*). Es un procedimiento privado y consensual en el que se persigue una resolución negociada a través de una presentación sumaria de las posturas de las partes realizada en presencia de las mismas. Un consejero neutral puede colaborar en la negociación. Es útil en las disputas entre sociedades en las que se hallan implicadas cuestiones de hecho y de derecho.

Las *alternative dispute resolutions* no son exclusivamente formas «alternativas» al proceso judicial, sino que a menudo son «complementarias» del mismo.

Así, en los Estados Unidos, antes de iniciar algunos procedimientos judiciales (por ejemplo, los que no exceden de 75.000 dólares), se impone la necesidad de intentar la mediación («*court-annexed mediation*») que suele dar buenos resultados. La recomendación del mediador no es vinculante y cualquiera de las partes puede optar por continuar el juicio, pero si la sentencia del juez no es más favorable que la mencionada recomendación, las costas de la mediación se imponen al litigante disconforme.

Entre las distintas formas de *alternative dispute resolutions*, el *mini-trial* y la «mediación» son los que han tenido mayor éxito en los Estados Unidos. Un gran número de importantes conflictos han sido resueltos en aquel país a través de *mini-trials*, siendo de destacar la contienda entre *Bordem* y *Texaco* en un asunto sobre un *trust* por una cuantía de 200 millones de dólares y la de *American Can* contra *Wisconsin Electrical Power* en relación con el incumplimiento de un contrato por una cuantía de 41 millones de dólares. *Macy's* ha adoptado un sistema de *alternative dispute resolutions* como parte de la reorganización derivada de su quiebra¹⁵⁴.

Entre las más famosas mediaciones, destaca la del pleito entre *IBM* y *Fujitsu*, relativa a la vulneración de los derechos sobre el «*software*» de la primera, en la que no solamente se resolvió el conflicto sino que se establecieron las bases de la futura cooperación de ambas multinacionales. Otro de mediación es la de Eurotúnel (el túnel del Canal de la Mancha), donde los mediadores (*mandataries ad hoc*) nombrados por el Tribunal de conciliación francés para

¹⁵⁴ «Macy's uses alternative dispute resolutions for claims», *Dispute Resolution Times*, septiembre de 1996.

asistir a las negociaciones entre el grupo anglo-francés y los bancos financiadores lograron un acuerdo evitándose la quiebra.

En los Estados Unidos existen numerosas organizaciones y asociaciones dedicadas a organizar y facilitar los procedimientos *alternative dispute resolutions*. La utilización de estas organizaciones es fomentada evitando en lo posible crear otras nuevas¹⁵⁵. Entre ellas cabe destacar el *Center for Public Resources Inc.*, asociación con sede en Nueva York, que agrupa a 500 jefes de asesorías jurídicas de grandes corporaciones, socios de grandes bufetes de abogados, prestigiosos profesores y jueces y que ofrece el «*Legal Program to develop alternatives to litigation*» destinado a la aplicación de sistemas *alternative dispute resolutions* en los asuntos importantes tanto privados como públicos; la *American Arbitration Association* («AAA») que igualmente dispone de una amplia gama de *alternative dispute resolutions*; empresas privadas como la *Endispute Inc.*, promotora del procedimiento *mini-trial*; la *Judicial Arbitration and Mediation Services*; la *Society of Professionals in Dispute Resolutions*; la *Academy of Family Mediators*, etc.

La más prestigiosa es la *American Arbitration Association* (conocida como la «Triple A» o la «AAA») que fue fundada en 1926. Es una asociación sin ánimo de lucro, la mayor proveedora de servicios de *alternative dispute resolutions* del mundo. En 1996 la *American Arbitration Association* resolvió más de 70.000 casos, con un aumento del 100 por ciento desde 1982, lo que explica su éxito.

Dentro de la *American Arbitration Association* destaca una Mesa Nacional de Árbitros Comerciales (*National Panel of Commercial Arbitrators*) y en 1997 creó un Comité Asesor de las Disputas de Consumo (*National Consumers Disputes Advisory Committee*) para garantizar la imparcialidad (*fairness*) en el arbitraje y en la mediación en esta materia¹⁵⁶. En 1992 la lista de árbitros (*Roster of Neutrals*) ascendía a 480, hoy cuenta con más de 60.000.

Cuando fue fundada en 1926 la *American Arbitration Association* se ocupaba principalmente de disputas comerciales. En los años treinta y cuarenta crecieron los asuntos en materia laboral. En los cincuenta, el trabajo se expandió al terreno internacional y en los sesenta a la construcción y el seguro de automóviles. Hoy en día se ocupa además de asuntos laborales, inmobiliarios, propiedad intelectual e industrial, seguro, mercado de valores, informática, salud, acoso sexual, contabilidad, financieros y medio ambiente.

Los árbitros que trabajan para la *American Bar Association* constituyen el elemento más importante en la calidad del servicio prestado a las partes. De ahí que la *American Arbitration Association* presta gran atención no sólo a la selección sino a la formación de los árbitros. La formación consiste en diversas fases.

¹⁵⁵ Bruce E. Alexander, *The arbitration of disputes with consumer: some practical pointers*, 1966.

¹⁵⁶ American Arbitration Association, *News release*, 30 de junio de 1997

La primera de ellas es un programa de 18 meses concentrado en gestión efectiva en los costes (*cost-effective management*), redacción de laudos y estándares éticos, y en las posteriores se profundiza en la formación y experiencia jurídica e industrial¹⁵⁷.

Cada vez son más utilizadas las formas de *alternative dispute resolutions* en diversos países y en variadas materias. Las *alternative dispute resolutions* han tenido especial éxito en los siguientes campos: derecho de la construcción, derecho del mercado de valores, etc., teniendo en cuenta el interés de los poderes públicos y de las empresas en reducir el número y el coste de los litigios.

Así por ejemplo, en octubre de 1995, Argentina dictó una ley imponiendo la mediación en múltiples campos a fin de resolver cuestiones extrajudicialmente.

Incluso las *alternative dispute resolutions* tienen hoy aplicación en el Derecho internacional público. Así por ejemplo el Tratado de paz de Dayton que puso fin a la guerra de Bosnia contiene una cláusula de arbitraje para decidir sobre el futuro de la ciudad de Brcko.

Finalmente, las *alternative dispute resolutions* tienen gran desarrollo para las disputas en materia de consumo y cada vez más los juristas, y especialmente los empresarios, acuden a las *alternative dispute resolutions* como fórmula para resolver sus conflictos.

Así por ejemplo Motorola, a fin de reducir sus costes y cumplir con el programa de control de calidad total, ha impuesto la obligación a todos sus abogados internos de examinar cada vez más las reclamaciones a fin de decidir si las mismas pueden ser resueltas a través de *alternative dispute resolutions*. Siemens obliga también a sus abogados a analizar la problemática de utilizar *alternative dispute resolutions* en los 700 casos litigiosos que suelen tener en activo¹⁵⁸.

Igualmente, muchas organizaciones económicas internacionales (por ejemplo, el Banco Mundial y el Banco de Desarrollo Interamericano) indican a los países prestatarios que para poder ser calificados aptos para recibir préstamos deben poseer recursos destinados a servicios de *alternative dispute resolutions*¹⁵⁹.

Igualmente los países de la NAFTA firmaron un acuerdo en Nueva York el 4 de diciembre de 1995 estableciendo el Centro de Arbitraje Comercial y Mediación para los Americanos («*Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americans*»).

¹⁵⁷ «New American Arbitration Association Roster of Neutrals», *Dispute Resolutions journal*, abril-septiembre 1996. pág 19.

¹⁵⁸ «Alternative dispute resolutions the Siemens experience», en *Dispute Resolutions journal*, abril-septiembre 1996. pág. 40.

¹⁵⁹ William K. Slate, «American Arbitration Association President Slate focuses alternative dispute resolutions challenges», en *Dispute Resolution Journal*, abril-septiembre de 1996,

Constantemente se trabaja en la creación de nuevas áreas de aplicación de las *alternative dispute resolutions*. Por ejemplo, se ha creado un grupo de trabajo para resolver las reclamaciones en masa («*National Task Force on alternative dispute resolutions in mass torts cases*») a fin de preparar un programa para asesorar a los tribunales de cómo pueden beneficiarse de las *alternative dispute resolutions* en el contexto de este tipo de reclamaciones.

El abogado tiene el deber de aconsejar siempre lo mejor a su cliente. Cuando un cliente se enfrenta a un litigio, si el abogado considera que el asunto puede resolverse mejor a través de una mediación que acudiendo a los tribunales, tiene la obligación de proponerlo al cliente. De ahí que la falta de formación del abogado en los sistemas *alternative dispute resolutions* deba considerarse un problema.

En los Estados Unidos se discute acerca del conflicto que surge para el abogado entre el proceso judicial que genera unos honorarios importantes y los procesos más simples de los *alternative dispute resolutions*.

Sin restar importancia a este problema, la realidad es que, a pesar de la abundancia de grandes firmas en este país -muchas de ellas excediendo los 500 abogados y algunas de ellas incluso los 1.000 abogados-, la realidad es que alrededor de los dos tercios de los abogados trabajan en pequeñas firmas compuestas de un solo abogado o menos de 10 abogados que se ocupan de asuntos del día a día y que ganan poco dinero.

Las *alternative dispute resolutions*, se justifican porque:

- A) La sociedad y sus hombres, los empresarios y los juristas han sido educados en base a la resolución judicial de las diferencias. Es necesario educar a la sociedad, empresarios y juristas para que comprendan, valoren y utilicen formas alternativas de resolución de disputas no basadas en la estricta confrontación de las partes.
- B) Las partes -especialmente en litigios comerciales- desean que las disputas sean resueltas por personas bien preparadas, expertos y que conozcan la materia sobre la que versan las disputas.
- C) En todo caso, resulta necesario que las *alternative dispute resolutions* no sólo tengan, sino que sean percibidas, por ejemplo, teniendo la suficiente integridad y credibilidad.
- D) Se discute mucho también si la justicia derivada de las *alternative dispute resolutions* es equiparable a la del sistema judicial o si debe considerarse un sistema secundario o complementario.
- E) La honestidad, la apertura y la transparencia y la confianza en la integridad, experiencia y credibilidad de las personas que dispensen las *alternative dispute resolutions* («los *neutrals*») son los elementos críticos que afectan la visión de las *alternative dispute resolutions* por parte del público.

En los Estados Unidos las *alternative dispute resolutions* se han desarrollado de forma extraordinaria y su tendencia en el futuro tendrá sin duda aún se incrementarán más, siendo destacable el gran interés que el poder judicial tiene para que las *alternatives dispute resolutions* se implanten y desarrollen como medidas sustitutivas o de apoyo de los propios tribunales. Los legisladores estiman que se dedican demasiados fondos a mantener el sistema judicial y el Congreso ha dictado reglas para que determinados organismos públicos utilicen las *alternative dispute resolutions*. Los datos demuestran el interés del poder judicial en esta materia, pues ochenta y siete de los noventa y tres Tribunales federales de distrito *federal district courts* han establecido procedimientos para el uso de *alternatives dispute resolutions*¹⁶⁰.

También los Tribunales estatales fomentan (en 33 jurisdicciones se impone de forma obligatoria) que las partes en disputas domésticas intenten previamente resolver sus diferencias a través de la mediación, habiéndose creado oficinas territoriales de resolución de disputas en más de la mitad de los Estados han creado oficinas territoriales y diez colegios de abogados estatales («*state bar associations*»), han creado secciones de *alternative dispute resolutions*, así como diversas Facultades de Derecho han incluido el estudio de las *alternative dispute resolutions* en los primeros cursos de enseñanza, como por ejemplo la Missouri School of Law de Columbia¹⁶¹.

3. El arbitraje de consumo

1. Idea general

La característica más relevante es que el arbitraje de consumo en los Estados Unidos no surge de la iniciativa pública ni se halla regulado, sino que es producto de la iniciativa de las empresas que ven en el arbitraje una forma de alcanzar resoluciones rápidas, eficaces y económicas a sus disputas y evitar decisiones judiciales basadas en los jurados, (a diferencia de Europa, en los Estados Unidos el sistema de jurado existe no sólo en los procedimientos penales sino también en los civiles) y de las grandes indemnizaciones derivadas de los *punitive damages* pues los Tribunales, además de las «indemnizaciones compensatorias», aplican las «indemnizaciones punitivas» (*punitive damages*), que alcanzan grandes sumas.

El arbitraje ha experimentado en los Estados Unidos un extraordinario auge en materia laboral, salud y consumo.

2. Aceptación del arbitraje en materia de consumo por los Tribunales

De conformidad con la política general del Tribunal Supremo de favorecimiento

¹⁶⁰ Estadísticas citadas por el *Proposed Final Report of the Chief Judge's*, New York State Court Alternative Dispute Resolution Project, 1 septiembre de 1995.

¹⁶¹ En Estados Unidos existen colegios estatales y la Asociación de Colegios Americanos (*American Bar Association*), de afiliación voluntaria (actualmente unos 350.000 abogados).

del arbitraje¹⁶², el arbitraje en materia de consumo en los Estados Unidos está en alza.

El arbitraje en materia de consumo se está generalizando en las esferas de corretaje¹⁶³ de valores mobiliarios, servicios financieros¹⁶⁴ y artículos manufacturados (abarcando desde coches a ordenadores)¹⁶⁵.

En 1995 y 1996, el Tribunal Supremo sostuvo que el cumplimiento de las cláusulas de arbitraje en materia de consumo puede ser exigido con arreglo a la *Federal Arbitration Act* adquiriendo con ello primacía sobre las leyes estatales «anti-arbitraje»¹⁶⁶.

El arbitraje ha penetrado asimismo en la creciente esfera del comercio por Internet. Las compañías que deseen exhibir el sello de BBBOnline (una filial de *Better Business Bureau* deben, primeramente, convenir en someterse a arbitraje vinculante para conflictos que tengan que ver con productos o servicios cuya publicidad se realice «on-line» (por medio de conexión informática), siguiéndose el arbitraje a solicitud del consumidor.

La mayoría de juzgados han desestimado el argumento de que las cláusulas de arbitraje en materia de consumo constituyen contratos de adhesión.

En el caso, *Hill v. Gateway 2000 Inc.*, 105 F.3d 1147 (7th Cir.), *cert. denied* (denegación por el Tribunal Supremo de su facultad discrecional revisora de la resolución dictada por un tribunal inferior), 118 S. Ct. 47 (1997), se estimó que el cumplimiento de una cláusula de arbitraje, incluida en una caja en la que fue enviada un ordenador, era exigible¹⁶⁷.

¹⁶² Una serie de decisiones ilustra la evolución del Tribunal Supremo relativa a las relaciones entre el derecho estatal (*state law*) y la *Federal Arbitration Act*: por ejemplo, *Prima Paint Corp. v. Flood & Conclin Manufacturing Co.* sobre la arbitrabilidad; *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.* sobre aplicabilidad de la Fuera Aérea a los Tribunales estatales; *Southland Corp. v. Keating* sobre la prevalencia de la Fuerza Aérea sobre las leyes estatales de nulidad de los convenios arbitrales; *Mitsubishi Motors Cop. v. Soler Chrysler Plymouth Inc.* sobre arbitrabilidad de reclamaciones legales; *Perry v. Thomas* sobre aplicabilidad de los principios generales estatales de los contratos; *Volt information sciences Inc. v. Board of Trustees* sobre aplicabilidad del derecho estatal no conflictivo, etc. Ver Anne Bradford, *Arbitration Clauses in consumer contracts of adhesion: fair play or trap for the weak and unwary*, 1998.

¹⁶³ *Shearson/American Express y McMahon*, 482 U.S. 220 (1987); *Adams v. Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith*, 888 F.2d 696 (10th Cir. 1989); *Webb v. R Rowland & Co.*, 800 F.2d 803 (8th Cir. 1986); *Curtis v. Newhard, Cook & Co.*, 725 F. Supp. 1072 (E.D. Mo. 1989). Sam Scott Miller, «Broker Dealer Regulation», *ALI-ABA Course of Study*, 9 § de Enero 1997.

¹⁶⁴ S. Haydock, «Materials on arbitration», *Practicing Law Institute*, abril de 1997.

¹⁶⁵ Norma 703 (16 C.F.R. § 703) de la Ley Magnuson-Moss Warranty (15 U.S.C. § 2301 et seq.): regula los procedimientos informales de resolución de conflictos que se incorporan en garantías escritas de productos de consumo.

¹⁶⁶ S. Haydock, «Consumer Financial Services Litigation», en *Materials on Arbitration*, 989 PLI/Corp 249 (abril 1997).

¹⁶⁷ *Patterson v. ITT Consumer Financial Corp.*, 18 Cal. Rptr. 2 d 563 (1993), *cert. denied* (denegación por el Tribunal Supremo de su facultad discrecional revisora de una resolución

3. Tipos de *alternative dispute resolutions* en materia de consumo

Entre las *alternative dispute resolutions* que afectan a los problemas del consumo pueden distinguirse tres tipos: el de la persona neutral que ayuda a facilitar una solución; el de la mediación (en la que el mediador habla con las partes y las acerca con vistas a hallar una solución), y el arbitraje (en el que el árbitro nombrado por las partes dicta una resolución, laudo obligatorio para las partes).

4. Experiencia limitada

En 1970, Mary Garner Jones, a la sazón comisionada del *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos, declaraba que los Tribunales ya no eran «un mecanismo efectivo ni incluso viable para servir la inmensa mayoría de las necesidades de nuestros ciudadanos» y que se precisaban nuevos sistemas para resolver las reclamaciones de los consumidores¹⁶⁸.

La experiencia del arbitraje de consumo en los Estados Unidos es limitada. El arbitraje de consumo existe pero siempre vinculado con la iniciativa privada y poco relacionado con la iniciativa pública.

5. Vías abiertas a los consumidores

Normalmente los consumidores que se sienten lesionados tienen las siguientes vías:

- a) Acudir a los denominados *small claims courts* («Tribunales de pequeñas reclamaciones») que se caracterizan por la limitación de formalidades en los procesos, no necesidad de letrados, costes mínimos, principio de la oralidad y concentración, poder inquisitorial del juez, ejecución provisional de las sentencias y limitación de los recursos de apelación. Los *small claims courts* a veces denominados *conciliation courts* resuelven estas reclamaciones de forma expedita, informal y con bajo coste.

A veces, estos Tribunales constituyen divisiones o departamentos de Tribunales de competencia superior¹⁶⁹.

dictada por un tribunal inferior), 510 U.S. 1176 (1994) (el Tribunal de Apelación de California estimó que la cláusula de arbitraje en un contrato de crédito personal era abusiva y, en consecuencia, no podía exigirse su cumplimiento). R. Sternlight, «Gateway Widens doorway to imposing unfair binding arbitration on consumers», *Florida Bar Journal*, 1997. Jennifer Bonjear, «Software Consumer must comply with shrinkwrap license terms», *Loyola Consumer Law Reporter*, 1997.

¹⁶⁸ Mary Gardner Jones, «Wanted: A New System for setting Consumer Grievances», *The Arbitration Journal*, 25 de diciembre de 1970, 235, citada por Ronald J. Adams, «Consumer Complaint Arbitration: The Corporated View», *The Arbitration Journal*, diciembre de 1988, vol. 43, núm. 4.

¹⁶⁹ Las Reglas 281 a 289 de las Court Rules de Illinois regulan el procedimiento para los *small claims* consistentes en reclamaciones de cantidad, derivadas de obligaciones contractuales o extracontractuales, que no exceden de 2.500 dólares.

- b) «*Class actions*». Cuando un gran número de consumidores está afectado pueden todos los demandantes solicitar que se sustancie el pleito en un solo procedimiento. Los *class actions* son las acciones de una «clase» de personas que tienen idénticos intereses.

A estos efectos una clase es un grupo de personas que se alinean juntas al tener características comunes, y la función de las condiciones consiste en garantizar que de estas características surge una posición jurídica común frente a la parte adversa y cuyos derechos y obligaciones el tribunal puede decidir de forma eficaz y justa con un mismo procedimiento.

- c) Acudir a los procedimientos de arbitraje, conciliación o mediación.

6. Primeras experiencias del arbitraje de consumo

Las primeras experiencias datan de mediados del siglo pasado. El *Better Business Bureau* ha desarrollado diversos programas en los últimos treinta años¹⁷⁰. Igualmente la *American Arbitration Association* ha promovido programas relativos a solucionar alternativas de disputas por más de siete décadas.

En 1968, la *American Arbitration Association* creó el *National Center for Dispute Resolution* diseñado para facilitar y simplificar las disputas a nivel de la sociedad, incluyendo las relativas a los problemas que surgen entre los comerciantes locales y los consumidores¹⁷¹.

En los Estados Unidos y el Canadá, ya en 1983 existían más de 400 organizaciones privadas y públicas relacionadas con fórmulas de *alternative dispute resolutions*¹⁷².

Una de las pioneras fue General Motors, la cual decidió establecer en 1978 un programa de arbitraje a fin de resolver reclamaciones relacionadas con las garantías formuladas por los adquirentes de sus automóviles¹⁷³.

A partir de ahí, Chrysler, Ford, American Motors y Volkswagen of North América iniciaron también programas similares.

Hoy casi todos los fabricantes de automóviles ofrecen estos programas de arbitraje. Igualmente, son de destacar las *lemon laws*, que garantizan que los automóviles se corresponden con lo que indican sus garantías (*express*

¹⁷⁰ *Council of Better Business Bureau*, Status Repon: BBB Consumer Arbitration Programme (Washington, DC: *Council of Better Business Bureau*, 28 de noviembre de 1977, citado por Ronald J. Adams, *op. cit.*

¹⁷¹ John J. McCongale, Jr., «Arbitration of Consumer Disputes», *The Arbitration Journal*, 27 de junio de 1982, págs. 65 a 84.

¹⁷² American Arbitration Association, «The growing field of Alternative Dispute Resolution», *Lawyers*, Arbitration Letter, 7 de diciembre de 1983.

¹⁷³ «GM Test Arbitration to Quell Buyer Unrest», *Business Week*, 2 de octubre de 1978, págs. 35 y 36.

warranties)¹⁷⁴ y que han fomentado que los fabricantes establezcan sistemas de *alternative dispute resolutions*¹⁷⁵.

Existen tres vías para que el consumidor pueda remediar el problema del automóvil defectuoso: convencer al fabricante de que le recompre voluntariamente el vehículo, acudir al arbitraje ofrecido por el fabricante o reclamar judicialmente en base a las *lemon laws*¹⁷⁶.

Actualmente pueden distinguirse tres grupos de los usuarios de estas fórmulas. Unos programas son patrocinados por la industria o desarrollados con su ayuda. Otros se hallan patrocinados por los tribunales y pueden ser obligatorios o voluntarios. Todavía un tercer grupo de programas son voluntarios e independientes de la industria o de la Administración¹⁷⁷.

El *Bank of America*, el segundo gran banco americano, que ya había iniciado experiencias arbitrales en 1980, dispuso en 1992 que todos sus contratos con sus depositantes y titulares de tarjetas de crédito tuvieran cláusulas de arbitraje de forma que todas las reclamaciones individuales se decidieran a través del arbitraje de la *American Arbitration Association* y las *class actions* a través del procedimiento *rent a judge*.

Posteriormente, el *Wells Fargo*, segundo banco de California, siguió el ejemplo estableciendo que en caso de disputa se intentara resolverla a través de una negociación de «buena fe»; en su defecto, a través de mediación y, si ésta resultara infructuosa a través del sistema *rent-a-judge* bajo los auspicios del *Judicial Arbitration and Mediation Services* si ambas partes estuvieran de acuerdo, bajo el arbitraje *Judicial Arbitration and Mediation Services*. Muchísimos bancos han seguido este ejemplo desde entonces¹⁷⁸.

7. La percepción pública del arbitraje de consumo

Una de las encuestas más serias de las que se realizaron en los Estados Unidos en esta materia se realizó en la década de los ochenta y se dirigió a 565 a funcionarios de asuntos para el consumo de diversas entidades del *Consumer's Resource Handbook*¹⁷⁹.

Las industrias representadas en esta encuesta incluían productos duraderos (por ejemplo: aparatos domésticos, cortadores de césped), productos

¹⁷⁴ Murray, *Ran and Sherman*, *op. cit.*, pág. 545.

¹⁷⁵ Jaroslaw Sochynsky, Mariah Baird, J. Lani Bader y Francis O. Spalding, *California alternative dispute resolutions Practice Guide*, 29.

¹⁷⁶ Jaroslaw Sochynsky, *op. cit.* El *Center for Auto Safety* calcula recomprar unos 50.000 vehículos de los cuales 15.000 se deben al arbitraje.

¹⁷⁷ *American Arbitration*, «Road to resolution: Settling consumer disputes», 1995.

¹⁷⁸ John S. Murray, Alan Scott Ran y Edward F. Sherman, *Process of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, 1996, pág. 543.V

¹⁷⁹ «Consumer's s Resource handbook. Washington DC: United States Office of Consumer's affairs», 1984, citado por J. Adams, *op. cit.*

envasados (por ejemplo: detergentes, bebidas refrescantes) y una amplia variedad de servicios (por ejemplo: seguros, alquiler de automóviles), hallándose representadas tanto las organizaciones de producción como las de comercialización.

El cuestionario se dividía en tres áreas o niveles: a) concienciación, experiencia y evaluación de los programas de arbitraje de consumo; b) actitudes de respuestas y opiniones relativas a las reclamaciones de consumo y a los sistemas de resolución alternativa de conflictos, y c) información demográfica y laboral relacionada con la percepción del arbitraje de consumo.

Las encuestas anteriores habían arrojado un resultado de baja concienciación de los programas de arbitraje¹⁸⁰, la respuesta en esta materia fue muy alta puesto que el 71,4 por ciento de los encuestados eran conscientes de la disponibilidad de programas de arbitraje en el consumo, el 23,7 por ciento habían participado en este tipo de programas y de los que habían participado un 78,8 por ciento indicaron que se hallaban «satisfechos» o «muy satisfechos».

Sin embargo, los consumidores se hallaban más dispuestos a acudir al arbitraje que los empresarios. El 76,7 por ciento expresaron su opinión de que los consumidores estaban dispuestos a participar, mientras que sólo el 55,6 por ciento opinaban lo mismo de los empresarios, de forma que puede afirmarse que los consumidores contemplan el arbitraje con entusiasmo, mientras que los empresarios tienden a contemplarlo con una actitud más conservadora y cauta.

Los americanos, según la encuesta referida, opinan que el arbitraje de consumo tiene una serie de ventajas y concretamente: bajo coste, informalidad, mayor facilidad, equidad, rapidez y privacidad.

Los arbitrajes en las compañías de automóviles ofrecen múltiples ventajas: no suelen durar más de 40 días, bajo coste (no se precisa abogado), los laudos son obligatorios para el fabricante pero no para el consumidor, etc. Un inconveniente de este tipo de arbitraje es que el consumidor no dispone de una «audiencia» personal, ya que se limita a enviar su reclamación por correo y a esperar la decisión¹⁸¹.

8. Los beneficios del arbitraje de consumo

Tradicionalmente se ha creído que el arbitraje era un procedimiento especialmente beneficioso para los consumidores puesto que las ventajas que el mismo ofrece (v. Capítulo II) parecen altamente indicadas para los consumidores.

Pero en los estudios realizados en los Estados Unidos se ha llegado a la conclusión de que también tiene un gran interés para los empresarios, sobre

¹⁸⁰ Ronald J. Adams, «Consumer reaction toward arbitration as a remedial alternative to the courts», *Journal of Consumer Affairs*, 17 Summer 1983, págs. 139 a 151.

¹⁸¹ Yaroslav, *op. cit.*, § 29.15.V

todo en la línea de la fidelización del cliente. Así, incluso los jueces han llegado a pronunciarse en este sentido: « [...] mientras los Tribunales son excelentes para llevar un final a una disputa particular entre partes, en muchos casos el proceso adversarial puede comportar daños a una relación establecida desde antiguo entre las partes [...] Porque la arbitraje comporta menos énfasis en la adversión que el proceso judicial, y el arbitraje normalmente protege relaciones preexistentes y continuadas mucho mejor que el litigio»¹⁸².

De ahí que resulte que las *alternative dispute resolutions* pueden vincular todavía más al consumidor con la empresa más que alienarle, incrementándose, pues, la relación de patrocinio y de lealtad. Así, resultados de un estudio sobre el mantenimiento de reclamaciones de consumo del Departamento de la Salud, Educación y Bienestar conforma este punto:

«La información del estudio sugiere que las reclamaciones pueden [...] ser un elemento de *marketing* muy válido. Entre los problemas de consumo doméstico, los que formularon reclamaciones mostraron la lealtad continuada más fuerte [...].

Los consumidores reclamantes dieron una oportunidad a la empresa para mantener su patrocinio. Las compañías que respondieron a las reclamaciones fueron recompensadas por un gran grado de lealtad a la marca continuada»¹⁸³.

IV. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONSUMO

Nunca hasta ahora la protección específica de los intereses de los consumidores ha sido tan importante y ha adquirido tal sustantividad debido, entre otras razones, al progresivo incremento de la calidad de vida que ha hecho que la mayoría de los ciudadanos puedan disfrutar y acceder a multitud de bienes y servicios, ya no sólo por los canales tradicionales, sino por medio de nuevos instrumentos informáticos y telemáticos que han dado origen a una nueva forma de consumir (el comercio electrónico) que precisa de peculiares mecanismos de protección y salvaguardia.

La globalización y la apertura de los mercados también coadyuvan a la idea de reforzar la protección de los ciudadanos que ni pueden ni alcanzan a autodefender sus intereses ante la complejidad del mundo empresarial y de servicios actual.

Resulta evidente que la normativa sobre consumo constituye hoy en día un campo heterogéneo y multidisciplinar en el que conviven disposiciones que desempeñan un papel en la protección del consumidor y del usuario de mayor o menor intensidad: se trata de la normativa civil, la normativa mercantil, la

¹⁸² Parker Le McDonald (presidente del Tribunal Supremo de Florida) y Robert W. Bivins, «Alternative Dispute Resolution and the Courts», *The arbitration journal*, 24 de junio de 1987, pág. 60.

¹⁸³ Technical assistance Research Program (TARP) Inc., *Consumer complaint Handling in America: Summary of findings and Recommendations* (Document: HEW-05-74-292) (Washington, DC, Us Department of health and Welfare), 1979, pág. 15.

administrativa o la procesal, entre otras.

Sea cual sea el marco jurídico que enmarque una relación entre un ciudadano y un empresario, ya sea persona física o jurídica, ya pública o privada, lo que resulta indudable es que toda aquella persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional se convierte en consumidor o usuario, con un catálogo de derechos y una protección de cierta intensidad por considerarse la parte más débil de la relación jurídica.

La normativa sobre protección de consumidores y usuarios es prolija, procede de varias fuentes normativas y adolece de cierta asincronía en relación con los objetivos que se persiguen, peca de falta de sistemática y, cuando menos, de poca sistematización y refundición normativa que otorgue homogeneidad y unidad de criterio, precisamente en un ámbito que tanta seguridad jurídica precisa.

Resulta imprescindible, contar con textos que codifiquen el Derecho de consumo con el fin de inventariar los derechos y las obligaciones de las partes en una relación de consumo, al menos en los ámbitos que mayor trascendencia tienen en la actualidad: un régimen general, y un régimen especial para los sectores financiero, de los transportes, del comercio (incluido el comercio electrónico) y de las telecomunicaciones.

Si bien es cierto que el régimen general puede encontrarse en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, a poco que se analice la miríada de normas sobre el resto de materias, se podrá concluir que resulta aconsejable abordar el trabajo de sistematización que se propone.

La labor codificadora ha sido abordada con cierto rigor, hasta el momento, por las instituciones comunitarias, que emprendieron en el año 2004 un proyecto de revisión de todo el acervo comunitario en materia de consumo con el fin de mejorar la consecución de los objetivos establecidos.

Pues bien, para contar con un panorama completo sobre la materia de consumo, es preciso identificar las competencias que corresponden a cada uno de los entes administrativos reguladores que intervienen en ella, centrándose este estudio en el régimen general de protección de los consumidores y usuarios, sin referencia alguna al resto de ámbitos específicos en dicha materia.

1. Competencias Comunitarias

Para comenzar, hay que partir del valor que otorga el Tratado de la Comunidad Europea (TCE)¹⁸⁴ a la protección de los consumidores y usuarios, por cuanto consagra como un principio general de acción, para lograr los ambiciosos fines que proclama en el artículo 2, la contribución al fortalecimiento de la protección

¹⁸⁴ Versión consolidada con las modificaciones del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y del Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.

de los consumidores (ex art. 3.1 t) TCE).

El desarrollo de dicho principio general se encuentra en el Título XIV del tratado originario (introducido por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que lo elevó al rango de política autónoma), que específicamente se rubrica «Protección de los consumidores», y que sólo consta de un artículo, el art. 153, que dispone (por cierto, en términos muy parecidos a los de nuestra Norma Fundamental) que, para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

Asimismo, el tratado dispone que, al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias, se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores. Y, al margen de que se habilita al Consejo para que adopte todas las medidas necesarias para proteger a los consumidores, el TCE no obsta para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección, siempre que dichas medidas sean compatibles con el tratado y se notifiquen a la Comisión Europea.

Otros objetivos sectoriales que inciden en la protección de consumidores y usuarios pueden localizarse a lo largo del TCE, como sucede en relación con la política agrícola común, entre cuyos objetivos se encuentra (ex art. 33.1 e) TCE) el de asegurar al consumidor suministros a precios razonables, evitando las organizaciones comunes de mercado toda discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad (ex art. 34.2 TCE). En materia de competencia, el art. 82 TCE consagra la incompatibilidad con el mercado común y la prohibición, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, de prácticas abusivas como la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, si bien el art. 87 TCE entiende compatibles con el mercado común las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos.

Institucionalmente, además de las medidas que pueden adoptar el Consejo y la Comisión Europea en esta materia, será el Consejo Económico y Social de la Unión Europea el que, con carácter consultivo, será el instrumento vehicular de las demandas de los consumidores y usuarios por cuanto está constituido, ex art. 257 TCE, por representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada, en particular de los consumidores.

En la actualidad, es la Comisión Europea la que ha asumido el mayor protagonismo en las acciones y políticas públicas en relación con la protección de los consumidores, pretendiendo revisar el acervo comunitario con el fin de sistematizar la normativa y completar el marco regulador existente, con el objetivo, como en otros muchos ámbitos comunitarios; de crear un mercado interior en esta materia que permita consagrar unos derechos básicos mínimos en los Estados de la Unión para todos los consumidores y usuarios.

Desde aquél interesante proyecto de elaborar un Código Europeo de Derecho Privado, que finalmente no vio la luz, hasta la intensificación de la labor armonizadora de las disposiciones sobre consumo, se ha pasado por un proceso de revisión de toda la normativa comunitaria en esta materia con el fin de armonizar ésta revisando cierto número de directivas clave en la protección de los consumidores y sobre crédito al consumo, además de enfatizar los esfuerzos protectores de los consumidores en relación con la directiva sobre la seguridad general de los productos.

Para ello la Comisión Europea dictó el conocido como *Libro Verde* sobre la revisión del acervo en materia de consumo, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 15 de marzo de 2007.

Con ese objetivo se dictó la Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores. Se trata de un programa de acción que abarca el periodo temporal desde el año 2007 hasta el año 2013, y que pretende garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, así como la aplicación efectiva de la normativa de protección de los consumidores, en particular reforzando la cooperación en la aplicación de la legislación, la información, la educación y las vías de recurso.

Para ello, la Comisión Europea ha aportado casi 157 millones de € y ha diseñado once acciones concretas para alcanzar esos objetivos.

Como complemento a esta Decisión, la Unión Europea ha diseñado una estrategia en materia de política de los consumidores para ese mismo período (2007-2013), que tuvo como soporte jurídico la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de marzo de 2007, «Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013».

El objetivo de esta estrategia es establecer un nivel equivalente de seguridad y de protección en toda la Unión Europea, y un mercado interior más integrado, mediante los siguientes objetivos: Capacitar a los consumidores instaurando un mercado más transparente que les permita tener opciones reales de consumo, por ejemplo, en términos de precio y calidad; Mejorar el bienestar de los consumidores en términos de calidad, diversidad, accesibilidad, seguridad, etc. Proteger a los consumidores contra los riesgos y amenazas graves.

2. Competencias estatales

Comentar e intentar aclarar el régimen competencial vigente en materia de consumo, precisa acudir de nuevo, a la Constitución Española, cuyo art. 51 consagra claramente que garantizar la defensa de los consumidores y usuarios es una labor que corresponde a los poderes públicos.

Parece que esa defensa ha de incluir la protección de la seguridad, la salud y los intereses económicos de los consumidores, por lo que a estos tres objetivos prioritariamente deberán atender las Administraciones cuando la Norma Fundamental les impone esa obligación de protección y defensa como un

derecho fundamental de los consumidores frente a los derechos instrumentales que consagra el apartado 2 de dicho precepto. Además, al referirse a los poderes públicos en general y sin especificar, como realizan otros preceptos constitucionales, se trata de una labor potencialmente ejercitable por el Estado, por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales, de modo que la concurrencia de competencias está servida, y los conflictos que de ello se derivan, también.

Pues bien, resulta preciso determinar las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas tomando como referencia el bloque de constitucionalidad (Constitución y Estatutos de Autonomía, más las leyes orgánicas de transferencia o delegación) y el importantísimo cuerpo de doctrina constitucional construido en torno a esta materia en varias sentencias del Tribunal Constitucional que se mencionarán a continuación.

Importantes pistas sobre las competencias que le corresponden al Estado en materia de consumo pueden encontrarse en la disp. final 1.^a TRLCU: en esta disposición se mencionan los títulos competenciales relativos a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (ex art. 149.1.1.^a CE), en relación con la legislación mercantil y procesal (ex art. 149.1.6.^a CE), en relación con la legislación civil (ex art. 149.1.8.^a CE), en relación con las bases y coordinación general de la actividad económica (ex art. 149.1.13.^a CE), y en relación con las bases y coordinación general de la sanidad (ex art. 149.1.16.^a CE). Se volverá más tarde sobre la regulación que realiza el TRLCU en relación con las competencias del Estado en la materia, si bien previamente se precisa un análisis más detenido sobre lo que suponen estas competencias a la luz de la doctrina constitucional.

Sobre el art. 51 CE, de clara inspiración constitucional portuguesa¹⁸⁵, es preciso destacar que se trata, indudablemente, de una brillante articulación del modelo de Estado social por el que apuesta nuestra Constitución por cuanto parte del principio de desigualdad de hecho y de la imposibilidad del ciudadano de protegerse del mercado y de sus poderosos resortes frente al consumidor, empequeñecido ante la inmensidad de un proceso de suministro de bienes y servicios de carácter global y multicorporativo.

Una de las finalidades del Estado social, reconocidas por la doctrina mayoritaria, es la de pretender alcanzar una igualdad y libertad reales mediante acciones colectivas o públicas, de lo que los mandatos a los poderes públicos ínsitos en el art. 51 CE es una buena muestra.

La doctrina constitucional ha asentado firmemente la visión transversal o multidisciplinar de la materia de consumo, ya que un consumidor o usuario lo es en muchas facetas y en todos los sectores económicos, con especial incidencia en el comercio, obviamente (razón por la que quizá el constituyente adicionó, en el apartado 3 de este art. 51 CE, la referencia al comercio interior y al régimen de autorización de productos comerciales, lo que ha sido criticado por la doctrina por su deficiencia desde el punto de vista de la técnica

¹⁸⁵ Art. 81 de la Constitución portuguesa, de 2 de abril de 1976.

sistematizadora). Por ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que la política sobre consumo es transversal y general, no sectorial. Esto significa que la vocación protectora de los consumidores y usuarios debería impregnar toda la normativa que les afecte y en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Por ese motivo, pueden encontrarse previsiones protectoras de los consumidores y usuarios en la normativa de contratos civiles y mercantiles, en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, en la legislación penal, y sobre todo, en la legislación administrativa, ya que el mandato que proclama el art. 51 CE tiene como destinatarios directos a los poderes públicos, entendidos en sentido amplio como todas las Administraciones Públicas.

Es bien conocido por la doctrina, con base en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional¹⁸⁶, que el art. 51 CE no es un título atributivo de competencias, y así lo declara expresamente la sentencia del Alto Tribunal de 22 de marzo de 1991. Se trata de un precepto que dirige un mandato a los poderes públicos para garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, y para promover la información y educación de los mismos, pero ello no significa que cualquier Administración Pública de base territorial pueda emprender esas acciones, porque el Alto Tribunal ha entendido que dicha redacción del art. 51 CE no altera las reglas generales de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, además de las que les corresponden a las entidades locales con base en su legislación básica.

Puesto que los arts. 148 y 149 CE, que recogen las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas y del Estado, respectivamente, no se refieren específicamente a la defensa de consumidores y usuarios, será preciso engarzar esta materia con los títulos competenciales sectoriales en los que puede verse afectada la defensa de dichas personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Sin embargo, con base en el art. 149.3 CE, que permitió que las materias que no se atribuyesen expresamente al Estado por la Constitución pudiesen ser asumidas por las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, esto fue lo que hicieron la mayoría de ellos, siendo pionero, por su fecha de aprobación, el Estatuto del País Vasco.

En la actualidad, como se verá en un apartado posterior, todas las Comunidades Autónomas han recogido en sus normas institucionales básicas esta previsión de defensa de consumidores y usuarios, de modo que es una competencia que esencialmente corresponde a las mismas, con las salvedades que se harán a continuación.

Efectivamente, puesto que la materia de protección del consumidor tiene un carácter transversal y multidisciplinar, siendo un concepto de gran amplitud y de contornos imprecisos (de conformidad con la doctrina constitucional)¹⁸⁷, resulta que el Estado mantiene ciertas competencias que van a tener gran repercusión en esta materia.

¹⁸⁶ SSTC 88/1986, de 1 de julio y 62/1991, de 22 de marzo.

¹⁸⁷ SSTC 95/1984, de 18 de octubre y 202/2002, de 28 de octubre.

Puesto que las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas al respecto se basan en la cláusula residual del art. 149.3 CE, puede deducirse que sólo podrán ejercitar todas aquellas que no estén comprendidas en algunos de los apartados del art. 149.1 CE. Sobre el art. 149.1.1.^a CE, ya citado, el Tribunal Constitucional ha considerado en la STC 15/1989, de 26 de enero, que es un título perfectamente válido para incidir en la defensa de los consumidores:

«Dada la singularidad de la materia sobre la que versa la Ley, el Estado dispone a priori de diversos títulos de competencias constitucionalmente indisponibles para todas las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y usuario [...] La defensa del consumidor y usuario nos sitúa [...] ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y el cumplimiento de sus deberes (artículo 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 de la CE, principalmente)».

Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional reiteradamente mencionada se pronuncia a este respecto de modo clarificador en la STC 62/1991, de 22 de marzo: «[...] en razón del carácter pluridisciplinar del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consumidor (STC 71/1982, fundamento jurídico 2.^o), resultante de normas sectoriales reconducibles a otras materias sobre las que el Estado tiene atribuidas competencias, la competencia exclusiva de Galicia en la defensa del consumidor y usuario queda limitada por la competencia exclusiva estatal en la regulación de las condiciones básicas que garantiza la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales (artículo 149.1.1.^o CE), y las competencias reservadas sobre distintas materias (legislación civil y mercantil, protección de la salud, etc.,) en diferentes números del artículo 149.1 CE, o por decirlo en los términos de la STC 15/1989, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía».

En cualquier caso, parece existir consenso en la doctrina al considerar que no pueden considerarse competencias propias de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de los consumidores y usuarios aquellas normas o previsiones que se diluyen en otros ámbitos del ordenamiento jurídico en que el título competencial estatal queda afectado de forma material o sustantiva.

Con base en ello, suele concluirse que corresponde a la Administración General del Estado las competencias normativas, mientras que a las Comunidades Autónomas les corresponden las competencias ejecutivas.

Sobre la competencia del Estado en materia de legislación procesal (ex art. 149.1.6.^a CE), la doctrina constitucional entiende (SSTC 47/04 de 29 de marzo y 135/06, de 27 de abril) que responde a la necesidad de salvaguardar la

uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.

Si bien es cierto que dicho precepto contiene una cláusula que salvaguarda «*las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*», esto no significa, según el Tribunal Constitucional, que cuando han dictado sus propias normas de derecho sustantivo puedan dictar normas procesales propias que dejarían vacío de contenido la previsión que la citada cláusula 6.^a del art. 149.1 CE realiza a favor del Estado.

Esto significa, según el Alto Tribunal¹⁸⁸, que las Comunidades Autónomas sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan de su regulación sustantiva.

El Tribunal Constitucional entiende¹⁸⁹ que, si se aprecia la necesidad por las Comunidades Autónomas de introducir alguna especialidad en la regulación procesal de una materia, deben justificar adecuadamente la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables, salvo que del examen de la ley se puedan desprender esas necesarias especialidades a que se refiere el art. 149.1.6.^a CE.

En la materia de defensa de los consumidores y usuarios, el TRLCU recoge expresamente los procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de aquéllos, de modo que la Administración General del Estado regula esta materia en legítimo ejercicio de su título competencial sobre legislación procesal (ex disp. final 1.^a TRLCU), regulando: las acciones de cesación que persiguen obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura.

La legitimación de la acción de cesación frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la citada norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de un establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados; el ejercicio de las acciones de cesación en otros Estados miembros de la Unión Europea; la imprescriptibilidad de dichas acciones; y el importantísimo sistema arbitral de consumo (ex arts. 57 y 58 TRLCU) como sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito, sistema arbitral que ha sido desarrollado por el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

La normativa española sobre arbitraje se contiene esencialmente en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que se aplica a los arbitrajes que versen sobre controversias en materias de libre disposición conforme a Derecho, cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter

¹⁸⁸ SSTC 121/1992, de 28 de septiembre y 127/1999, de 1 de julio.

¹⁸⁹ SSTC 127/99, de 1 de julio y 243/2004, de 16 de diciembre.

interno o internacional.

Se trata de una disposición pensada esencialmente para los arbitrajes comerciales, inspirándose en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985. El art. 1.3 de la citada norma consagra la supletoriedad de la misma respecto a los arbitrajes previstos en otras leyes, como es la que nos ocupa en materia de consumidores y usuarios.

En relación con el título competencial relativo a la legislación mercantil, usualmente invocado por el Estado para regular la materia de consumidores y usuarios, la doctrina constitucional entiende que se trata de una consecuencia del principio de unidad de mercado, principio que no se formula en nuestra Constitución, pero que ha sido construido por la doctrina constitucional, esencialmente.

Así, el Tribunal Constitucional ha entendido, en sus SSTC 88/1996, de 1 de julio y 64/1990, de 5 de abril que: «Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica».

Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos.

La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autónoma se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto instructora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede *«en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles»*.

Se trata de un principio que persigue afirmar la unidad del orden económico nacional, buscando un punto de equilibrio con la diversidad de regímenes jurídicos derivados de la multiplicidad de los títulos de intervención pública en la actividad económica y de las distintas competencias normativas del Estado y de las Comunidades Autónomas.

En definitiva, y conforme a la doctrina constitucional sentada en las STC 133/1997, de 16 de julio, la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado. La doctrina entiende que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil no puede dissociarse de la atribución a aquél de la competencia exclusiva sobre las demás ramas del Derecho, como la legislación penal, penitenciaria, procesal, laboral y civil, lo que persigue, en

última instancia, garantizar una uniformidad básica del ordenamiento jurídico en su conjunto en todo el Estado.

En todo caso, no deja de ser cierto que la *competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil es compatible con ciertas competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas sobre el amplio ámbito que también abarca la materia mercantil, en el que caben las competencias de ejecución e incluso las normativas por parte de aquéllas*, como en relación con el comercio interior o la defensa de los consumidores y usuarios, precisamente. En general, es aceptado que la regulación jurídico-privada de las relaciones surgidas en el tráfico mercantil se reserva en exclusiva al Estado, mientras que los aspectos que reflejan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico y empresarial pueden regularse por las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional ha entendido¹⁹⁰, como criterio de atribución de competencias, que «*lejos de deslindar de un modo absolutamente claro y perfilado el campo competencial a que se refiere, obliga en no pocas situaciones [...] a precisar cuál debe ser el adecuado encuadramiento de una institución, cubierta o no la misma de un modo total, íntegro y excluyente por aquella legislación mercantil*».

La determinación de las competencias del Estado en materia mercantil depende, en consecuencia, de la delimitación entre derecho público y derecho privado ya que, aunque el Derecho mercantil forma parte claramente del derecho privado, la competencia que se reserva al Estado ha de comprender (STC 37/1981, de 16 de noviembre) «en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales. Sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil y sólo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquellos y éstas».

Ahora bien, también hay normas de derecho público que regulan actividades mercantiles, razón por la cual las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias legislativas en materias encuadrables dentro de la materia mercantil, por lo que en no pocas ocasiones será necesario acudir, según el Tribunal Constitucional en la STC 14/1986, de 31 de enero, a otras determinaciones de las que establece el art. 149.1 CE. Incidiendo en este punto, hay que reconocer que muchas normas administrativas inciden sobre el régimen jurídico mercantil y sobre las relaciones jurídico-privadas que entablan los empresarios y productores de bienes y servicios.

Por ello, el Tribunal Constitucional considera¹⁹¹, en relación con las competencias que pueden ejercer el Estado y las Comunidades Autónomas, que estas últimas no pueden producir un *novum* en el contenido contractual, es decir, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las

¹⁹⁰ SSTC 14/1986, de 31 de enero y 37/1997, de 27 de febrero.

¹⁹¹ STC 71/1982, de 30 de noviembre.

relaciones contractuales privadas.

En materia de protección y defensa de consumidores y usuarios resulta indisociable la regulación jurídico-privada de esta materia con la intensísima intervención de la Administración Pública en ella, de modo que resultará preciso, según el Alto Tribunal, realizar un análisis detenido de las regulaciones que puedan promulgar las Comunidades Autónomas para valorar si se corresponden con las competencias de las que pueden ser titulares, si amparan los objetivos perseguidos y si las limitaciones o cargas administrativas que imponen resultan proporcionales y razonables.

Por último, por lo que respecta al otro título competencial del Estado afectado por la normativa sobre consumidores y usuarios, la legislación civil (ex art. 149.1.8.^a CE), la dicción de dicho precepto no deja lugar a dudas sobre dos cuestiones: en primer lugar, que era intención del constituyente atribuir al Estado un núcleo duro de materias civiles indisponibles para las Comunidades Autónomas, como lo refleja la segunda frase de dicho apartado, al emplear los términos «*En todo caso, [...]*»; y en segundo lugar, que se deja abierta una cláusula de salvaguardia a favor de aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.

Esta última salvaguardia esconde, de cualquier modo, una intención de excepción respecto a la competencia general e indiscutible del Estado en relación con la legislación civil. El propósito del constituyente no parece ser otro, a juicio del Tribunal Constitucional¹⁹², que el de garantizar una regulación uniforme y unitaria en todo el territorio nacional sobre estas materias, rechazando la posibilidad de que aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con derecho foral o especial puedan legislar sobre todos aquellos aspectos del Derecho civil que no estén reservados «*en todo caso*» al Estado.

En materia de protección de consumidores y usuarios, se puede deducir que todo aquello que se refiera a las bases de las obligaciones contractuales corresponde regularlas «*en todo caso*» al Estado, de conformidad con el precepto constitucional citado y con la doctrina constitucional. Esta competencia de Estado es completa e integral, sin posibilidad alguna para que las Comunidades Autónomas regulen aspectos que afecten o se refieran a esos principios básicos, fundamentos generales o reglas comunes de las obligaciones contractuales, que es como debe interpretarse el término «*bases*» contenido en la cláusula 8.^a del art. 149.1 CE.

Y ello es así porque esa materia puede afectar al principio de unidad de mercado y a los principios esenciales del orden público económico.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido¹⁹³, por ejemplo, que la regulación de las cláusulas abusivas de los contratos y sus efectos requiere una regulación uniforme y sólo puede ser hecho por el Estado. También corresponde al legislador estatal la regulación de las condiciones generales de la contratación y de las modalidades contractuales, así como el régimen de la

¹⁹² STC 156/1993, de 6 de mayo.

¹⁹³ STC 157/2004, de 21 de septiembre.

responsabilidad civil, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución, la regulación de las indemnizaciones por daños y perjuicios o la regulación del régimen de perfección y eficacia de los contratos.

3. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

Indudablemente, la norma que desarrolla directamente el mandato dirigido a los poderes públicos para garantizar la defensa y protección de los consumidores y usuarios, ex art. 51.1 CE, es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que ha sido modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que como se ha dicho, adapta a la legislación interna la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Dado que la citada directiva procedió a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modificó la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Lo cierto es que con la aprobación del texto refundido se cumplió con la habilitación al Gobierno recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, para refundir en un solo texto la antigua Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y varias normas de transposición de numerosas directivas europeas dictadas en esta materia.

Resulta revelador analizar los títulos competenciales invocados por el legislador para dictar el vigente texto refundido, títulos que se relacionan en la disposición final primera de la norma, cuando dispone que se considera básico y se dictan en el uso de competencias exclusivas del Estado en relación con la legislación mercantil, procesal y civil, conforme al art. 149.1.6.^a y 8.^a CE, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación y sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario (ex art. 10 TRLCU).

Las disposiciones sobre los derechos básicos de los consumidores y usuarios (ex art. 8 TRLCU), sobre los bienes y servicios de uso común (ex art. 9 TRLCU), sobre la formación, educación e información de aquéllos (ex art. 17.1 TRLCU), sobre el etiquetado y presentación de bienes y servicios (ex art. 18 TRLCU), sobre el concepto y fines de las asociaciones de consumidores y

usuarios (ex art. 23.1 y 3 TRLCU), sobre el uso exclusivo de la denominación de asociación de consumidores y usuarios (ex art. 25 TRLCU), sobre la pérdida de la condición de tal asociación (ex art. 26 TRLCU), sobre la protección de la salud y seguridad (ex Capítulo III del Título I del Libro Primero TRLCU), sobre la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios (ex Capítulo V del Título I del libro Primero TRLCU).

Las referidas a la potestad sancionadora (ex Título IV del Libro Primero TRLCU) también tienen carácter básico al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en materia de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (ex art. 149.1.1.^a CE), en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (ex art. 149.1.13.^a CE), y en materia de bases y coordinación general de la sanidad (ex art. 149.1.16.^a CE).

Las disposiciones sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios (ex art. 24 TRLCU), sobre los procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios (ex Título V del Libro Primero TRLCU), todas las previsiones sobre contratos y garantías (ex Libro Segundo TRLCU), sobre la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (ex Libro Tercero TRLCU), sobre viajes combinados (ex Libro Cuarto TRLCU), así como las disposiciones transitorias y las disposiciones finales, se dictan con base en las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al art. 149.1.6.^a y 8.^a CE.

Por último, el resto de los preceptos sobre el derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios (ex Título II del Libro Primero TRLCU) son de aplicación a dichas asociaciones de competencia estatal.

Pues bien, con base en esos títulos competenciales, el art. 8 TRLCU consagra, como derechos básicos de los consumidores y usuarios, los siguientes (desarrollados posteriormente en los capítulos siguientes de la citada norma):

El derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad: se trata de un desarrollo directo del art. 51.1 CE, de modo que la ley exige que los bienes o servicios puestos en el mercado sean seguros, considerándose tales los que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas (ex art. 11 TRLCU).

El derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. También se trata de un desarrollo directo del art. 51.1 CE, de modo que el art. 19 TRLCU dispone que esos intereses deben ser respetados en los términos

previstos en la citada ley así como en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación. Esos intereses económicos y sociales son protegidos *ex lege* mediante la regulación de las promociones, el régimen de comprobación y los servicios de atención al cliente.

El derecho a una indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. El art. 48 TRLCU evoca al art. 130.2 L 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para recordar que en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial.

Asimismo es importante la regulación contenida a este respecto en el art. 128 TRLCU al disponer que todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios defectuosos, lo que no afecta a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.

El derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

El derecho a la información también está contenido en el art. 51.2 CE, si bien resulta ser un derecho instrumental, junto al de formación y educación, que se desarrolla en el art. 17 TRLCU al disponer que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que éstos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.

A ello coadyuvarán, indudablemente, las campañas no publicitarias que se han de fomentar por los medios de comunicación social de titularidad pública estatal, así como la normativa sobre etiquetado y presentación de los bienes y servicios.

El derecho de audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas. Este derecho básico es desarrollo fiel del art. 51.2 CE, de modo que todo el régimen jurídico básico de las asociaciones de consumidores y

usuarios, así como la garantía de su independencia y transparencia, el registro estatal de dichas asociaciones y la representación y consulta a las mismas se contienen en los arts. 22 a 39 TRLCU.

El derecho a la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. Este derecho también evoca la misma referencia a unos procedimientos eficaces que contiene el art. 51.1 CE, como los que deben emplearse para retirar, suspender o recuperar de los consumidores y usuarios cualquier bien o servicio que no se ajuste a la normativa exigida o que suponga un riesgo para la salud o seguridad de las personas, o como todas las prescripciones del Título V del Libro I relativo a los procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios.

4. Competencias de las Comunidades Autónomas

Una vez analizadas en detalle las competencias que, conforme a la doctrina constitucional, puede asumir el Estado en materia de consumo, resulta obvio, por exclusión, identificar las que les corresponden a las Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional es claro al entender en la STC 62/1991, de 22 de marzo que la competencia exclusiva que han asumido éstas aprovechando la cláusula residual del art. 149.3 CE queda delimitada por la competencia exclusiva que se atribuye al Estado en materia de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (ex art. 149.1.1.^a CE) y el resto de competencias exclusivas que la Constitución también le atribuye en materia de legislación civil, mercantil, procesal y sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Esto significa que el Estado debe respetar las competencias autonómicas en materia de consumidores y usuarios, pero puede dictar normas que disciplinen materias propias de otros títulos competenciales estatales que hayan de aplicarse en todas las Comunidades Autónomas.

Como ya se ha explicado detalladamente, de todos los títulos competenciales que asisten al Estado en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios, cobran un relieve singular las que se refieren a la legislación civil y mercantil. Por ello, mientras un Estatuto de Autonomía no consagre nuevos derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil o arbitren medidas de carácter administrativo tendentes a proteger al consumidor, su regulación no puede ser contraria a la Constitución. Ahora bien, la regulación administrativa que discipline determinadas modalidades de venta no supone, a juicio del Tribunal Constitucional¹⁹⁴, introducir una innovación en el seno de los

¹⁹⁴ SSTC 88/1986, de 1 de julio y 62/1991, de 22 de marzo.

derechos y obligaciones de las relaciones contractuales privadas, razón por la que podrá ser objeto de regulación por las Comunidades Autónomas.

Tampoco afecta a la unidad de mercado, según el Alto Tribunal, porque la diversidad de la estructura autonómica del Estado puede comportar diversidad de regímenes jurídicos que serán legítimos siempre que resulten del ejercicio de una competencia atribuida a una comunidad, en la medida en que las diferencias y peculiaridades introducidas resulten adecuadas a su finalidad y se respete, en todo caso, la igualdad básica de los españoles.

Otras conclusiones que pueden extraerse de la doctrina constitucional en relación con los límites y el alcance de las competencias a ejercer por las Comunidades Autónomas son las siguientes:

Establecer los requisitos que debe cumplir un determinado tipo de contrato incide de lleno dentro del derecho contractual, pues se está definiendo, al fijarse unas obligaciones y un sistema de listado de exclusiones, lo que se entiende por cláusulas abusivas en un determinado tipo de contrato. Tratándose de un tema capital del derecho de contratación queda comprendido dentro del título competencial del art. 149.1.8.^a CE, que requiere regulaciones uniformes en todo el territorio, por lo que ha de prevalecer sobre el título competencial más genérico de defensa del consumidor y del usuario.

La determinación del contenido de los contratos corresponde «*incuestionablemente*» al Estado y su simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma (STC 10/1982, de 23 de marzo).

Resulta «*incontrovertible*» que la preceptuación de la formalización de una garantía para los bienes duraderos y la determinación de su contenido mínimo es materia incluida dentro de los derechos y obligaciones contractuales, y por tanto de titularidad estatal (STC 62/1991, de 22 de marzo) .

La previsión de medidas administrativas, tendentes a asegurar el cumplimiento por el vendedor de su deber de información con respecto al comprador del servicio posventa cubierto por la garantía, es una materia que se enmarca dentro de la «*defensa del consumidor*» cuya competencia pertenece en exclusiva a las Comunidades Autónomas. En la medida de que no se trata de consagrar una nueva obligación civil o mercantil, sino tan sólo de facultar a la Comunidad Autónoma a que pueda arbitrar la actividad de policía que estime conveniente para obtener el cumplimiento de tal deber de información, ningún reproche de inconstitucionalidad cabe efectuar a una norma autonómica que así lo regule¹⁹⁵.

La determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la

¹⁹⁵ STC 62/1991, de 22 de marzo.

competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6.^a y 8.^a CE.

El derecho a la información del consumidor y usuario, que tiene como correlato el deber de informar del empresario, entendido en el sentido de que habilita para exigir al empresario una específica obligación de proporcionar al consumidor una información veraz, excede del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas si se le da un carácter de generalidad aplicándolo a toda la contratación.

La configuración del derecho a la información con un alcance superior al sectorial implica una modificación del derecho contractual, cuya competencia corresponde al legislador estatal (ex art. 149.1.8.^a CE). Ahora bien, ese derecho del consumidor a recibir una información veraz sobre las características del objeto y la correlativa obligación del vendedor de suministrarla no constituyen derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, sino que, antes bien, dichos derechos y obligaciones han de ser afianzados exclusivamente por la Administración de la Comunidades Autónomas mediante medidas administrativas, tales como los «*reglamentos de etiquetado*». Desde dicha interpretación sistemática se infiere que las medidas previstas por las Comunidades Autónomas pueden no implicar la instauración de nuevas obligaciones civiles o mercantiles, sino la previsión de los oportunos servicios de vigilancia, inspección o el establecimiento del oportuno régimen disciplinario tendente a salvaguardar dicho deber de información.

A juicio del Tribunal Constitucional¹⁹⁶, no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1.5.^a y 6.^a CE, pues, siendo el arbitraje un «*equivalente jurisdiccional*», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia.

Por otra parte, hay que señalar que el planteamiento inicialmente seguido por el legislador estatal, consistente en dictar una norma general de defensa de los consumidores y usuarios (la derogada L 26/1984, de 19 de julio) fue el que también consideraron como mejor proceder la mayoría de las Comunidades Autónomas españolas, de modo que casi todas ellas dictaron sus propias normas de protección de consumidores que recogían los derechos básicos o sustantivos y los derechos instrumentales, con especial incidencia en éstos últimos.

Ello se basó en una inicial previsión estatutaria que recogió como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, haciendo uso de la

¹⁹⁶ STC 62/1991, de 22 de marzo y 15/1984, de 6 de febrero.

cláusula residual del art. 149.3 CE, la normativa de protección y defensa de los consumidores y usuarios.

A continuación se detallan todos y cada uno de los Estatutos de Autonomía y las previsiones concretas que recogen en relación con esta materia:

Comunidad Valenciana¹⁹⁷: el art. 9.5. dispone que «*La Generalitat garantizará políticas de protección y defensa de consumidores y usuarios, así como sus derechos al asociacionismo, de acuerdo con la legislación del Estado*».

Galicia¹⁹⁸: el art. 30 de su Estatuto de Autonomía dispone que, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Comunidad Autónoma gallega, en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149.1.11 y 13 CE, la competencia exclusiva de las siguientes materias: «*4. Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia. Denominaciones de origen en colaboración con el Estado*».

Comunidad de Madrid¹⁹⁹: el art. 27 Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid otorga a esta comunidad autónoma, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en materia de: «*10. Defensa del consumidor y del usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11.ª, 13.ª y 16.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

Castilla-La Mancha²⁰⁰: el art. 32 de su Estatuto de Autonomía otorga competencia a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de «*6. Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

Aragón²⁰¹: el art. 71 de su norma institucional básica le atribuye competencias exclusivas en relación con «*26.ª Consumo, que, en todo caso, comprende la regulación de la protección y defensa de los consumidores y usuarios; el fomento de las asociaciones; la formación y educación para el consumo*».

¹⁹⁷ LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

¹⁹⁸ LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia.

¹⁹⁹ LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Madrid.

²⁰⁰ LO 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

²⁰¹ LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

responsable, así como la regulación de los órganos y procedimientos de mediación». Asimismo, el art. 17 dispone que:

«1. Todas las personas, como consumidoras y usuarias, tienen derecho a la protección de su salud y su seguridad. 2. La ley regulará el derecho de consumidores y usuarios a la información y la protección, así como los procedimientos de participación en las cuestiones que puedan afectarles».

País Vasco²⁰²: el art. 10 dispone que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en materia de «28. *Defensa del consumidor y del usuario en los términos del apartado anterior*».

Navarra²⁰³: el art. 56 de su norma institucional básica le atribuye, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y de la política monetaria, crediticia, bancaria y de seguros del Estado, la competencia exclusiva en las siguientes materias: «d) *Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio nacional y de la legislación sobre defensa de la competencia*».

Murcia²⁰⁴: el art. 11 de su Estatuto de Autonomía dispone que, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: «7. *Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

La Rioja²⁰⁵: el art. 9 de su Estatuto de Autonomía otorga a esta Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de «3. *Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

Ceuta²⁰⁶: el art. 22 atribuye a la ciudad de Ceuta la ejecución de la legislación del Estado en «2.ª *Comercio interior. Defensa de los consumidores y usuarios*».

²⁰² LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco.

²⁰³ LO 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

²⁰⁴ LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de Murcia.

²⁰⁵ LO 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Rioja.

²⁰⁶ LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta.

Andalucía²⁰⁷: el art. 58.2, atribuye competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149.1.11.^a CE, sobre las siguientes materias: «4.º *Defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones*». Asimismo, el art. 27 dispone que «*Se garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor*».

Por último, el art. 92.2 Estatuto de Autonomía Andaluz dispone que los ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: «*j) Defensa de usuarios y consumidores*».

Asturias²⁰⁸: el Estatuto de Autonomía de esta Comunidad Autónoma dispone, ex art. 11, que: «*En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde al Principado de Asturias el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...]: 8. Defensa del consumidor y del usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

Castilla y León²⁰⁹: el art. 16 dispone que los poderes públicos de Castilla y León, en el ejercicio de sus competencias, deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de los siguientes objetivos: «*16. La protección de los consumidores y usuarios, que incluye el derecho a la protección de la salud y la seguridad y de sus legítimos intereses económicos y sociales*».

Canarias²¹⁰: el art. 31 otorga competencia exclusiva a esta Comunidad Autónoma, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria y crediticia estatal y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131, 149.1.11 y 13 CE, sobre la materia de «*3. Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre defensa de la competencia*».

²⁰⁷ LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

²⁰⁸ LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

²⁰⁹ LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

²¹⁰ LO 10/1982, de 10 de agosto, de estatuto de Autonomía de Canarias.

Melilla²¹¹: el art. 22 atribuye a la ciudad de Melilla la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: «*2.ª Comercio interior. Defensa de los consumidores y usuarios*».

Extremadura²¹² : el art. 8 de su norma institucional básica dispone que, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a esta Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución de: «*7. Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131, y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

Illes Balears²¹³: el art. 30 atribuye a las Illes Balears competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1 CE, en materia de «*47. Defensa de los consumidores y de los usuarios, en el marco de las bases y la ordenación de la actividad económica general y en el marco de las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

Regulación y fomento de las asociaciones de consumidores y usuarios. Regulación de los procedimientos de mediación».

Además, el art. 14 dispone que «*5. Las Administraciones Públicas de las Illes Balears garantizarán políticas de protección y defensa de consumidores y usuarios y de sus asociaciones, así como de su derecho a ser informados y a intervenir, directamente o a través de sus representantes, ante las Administraciones Públicas de las Illes Balears de acuerdo con la legislación del Estado y las leyes del Parlamento*».

Cantabria²¹⁴: el art. 25 dispone que corresponde a la Comunidad de Cantabria el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: «*Defensa de los consumidores y usuarios, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*».

Cataluña²¹⁵: el art. 49 dispone: «*2. Los poderes públicos deben garantizar la existencia de instrumentos de mediación y arbitraje en materia de consumo,*

²¹¹ LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla.

²¹² LO 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura.

²¹³ LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

²¹⁴ LO 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cantabria, modificado por L.O. 11/1998, de 30 de diciembre.

²¹⁵ LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del estatuto de Autonomía de Cataluña.

promoviendo su conocimiento y utilización, y deben apoyar a las organizaciones de consumidores y usuarios».

Asimismo, el art. 123 dispone que «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de consumo, que incluye en todo caso: a) La defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios, proclamados por el artículo 28, y el establecimiento y la aplicación de los procedimientos administrativos de queja y reclamación; b) La regulación y el fomento de las asociaciones de los consumidores y usuarios y su participación en los procedimientos y asuntos que les afecten; c) La regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo; d) La formación y la educación en el consumo; e) La regulación de la información en materia de consumidores y usuarios».

El art. 28 dispone que «1. Las personas, en su condición de consumidoras y usuarias de bienes y de servicios, tienen derecho a la protección de su salud y seguridad. Tienen también derecho a una información veraz y comprensible sobre las características y los precios de los productos y de los servicios, a un régimen de garantías de los productos adquiridos y de los suministros contratados y a la protección de sus intereses económicos ante conductas abusivas, negligentes o fraudulentas. 2. Los consumidores y usuarios tienen derecho a ser informados y a participar, directamente o mediante sus representantes, en lo que se refiere a las Administraciones Públicas de Cataluña, en los términos que establecen las leyes».

Por último, el art. 34 dispone que «Todas las personas tienen derecho a ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que elijan en su condición de usuarias o consumidoras de bienes, productos y servicios. Las entidades, las empresas y los establecimientos abiertos al público en Cataluña quedan sujetos al deber de disponibilidad lingüística en los términos establecidos por ley».

**SEGUNDA PARTE: LA SUCESIVA CONFIGURACION JURÍDICA
DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO ESPAÑOL**

CAPÍTULO PRIMERO

I. PRIMERAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA ARBITRAL ESPAÑOL

A. Características generales

El sistema arbitral surge como una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes.

Se trata de una alternativa que, con carácter general, tiene las siguientes ventajas; a) foro neutral; b) elude el enfrentamiento entre las partes en conflicto; c) elección del idioma; d) elección de los árbitros; e) elección de asistencia jurídica; f) disposición de las partes sobre los trámites procedimentales; g) elección del lugar de celebración del arbitraje; h) elección de la ley sustantiva aplicable al fondo del litigio; i) mayor efectividad del laudo arbitral.

Sin embargo, en ocasiones también puede presentar los inconvenientes característicos de los procesos judiciales como el excesivo coste económico o su prolongada duración²¹⁶.

Dentro de este marco general, el sistema arbitral español de consumo²¹⁷ se configuró como uno de los modos más desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico, para resolver los conflictos entre consumidores y empresarios, ya que sus características de rapidez, flexibilidad y gratuidad responden, en gran medida, a las expectativas de protección de las situaciones jurídicas de los consumidores.

El arbitraje de consumo es una institución jurídico procesal que tiene por finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo las controversias surgidas entre empresarios o profesionales y consumidores en relación con los derechos legalmente reconocidos a dichos consumidores y respecto a los productos, bienes y servicios puestos a disposición en el mercado por esos empresarios o profesionales, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delitos.

En cuanto a la mencionada rapidez, cabe afirmar que la vía judicial, a pesar de los esfuerzos realizados durante los últimos años, y, en particular, con la

²¹⁶ MARÍN LÓPEZ, J. J., «El Arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales», *Aranzadi Civil*, 1994, Vol. III, Parte Estudio, pág. 13; SPINILLO, A., *International Arbitration in Latin America*, Netherlands, 2002.

²¹⁷ Nació regulado por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo (*BOE* núm. 121, de 21 de mayo) y, con carácter supletorio, por la derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. El arbitraje se regula, tanto en los Estados miembros como a escala internacional, por el Convenio de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras o, en el marco del Consejo de Europa, por el Convenio Europeo de 1966 por el que se establece una ley uniforme de arbitraje.

promulgación en la LEC 2000, de especialidades en materia de protección de consumidores y usuarios, es generalmente más lenta que la vía arbitral; los procedimientos judiciales están establecidos en la ley, se sustraen a la voluntad de las partes y tienen ciertas dosis de formalismo necesarias para garantizar la consecución de la justicia.

Y esta lentitud suele ser mayor cuando se trata de conflictos con algún elemento extranjero o en los que alguna diligencia de prueba haya de practicarse en el extranjero.

Por el contrario, el arbitraje es un instrumento ágil y rápido en el que las partes que realmente estén interesadas en solucionar sus conflictos suelen acelerar su tramitación.

Por otro lado, el procedimiento judicial puede ser una solución costosa. El arbitraje, por el contrario, suele ser una solución más económica, pues la mayor agilidad y rapidez lleva consigo la supresión de instancias y el carácter facultativo de la intervención de abogado implica la posibilidad de prescindir de estos profesionales.

Esta ventaja se manifiesta de modo especial en el arbitraje de consumo, ya que conforme a la dicción literal de la disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje de 1988, en su apartado segundo, los arbitrajes en materia de consumidores y usuarios son gratuitos.

No obstante, esta gratuidad no es absoluta, como se desprende del art. 13.3 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Sistema Arbitral de Consumo, conforme al que las partes habrán de satisfacer los gastos que origine la práctica de la prueba que se promueva a instancia de parte²¹⁸.

Otra de las ventajas del arbitraje consiste en que puede ofrecer soluciones técnicas a conflictos complejos, que la decisión jurisdiccional muchas veces no está en condiciones de proporcionar por carecer de la necesaria especialización. Y además, los árbitros pertenecen, con frecuencia, al sector profesional en el que surge el conflicto y esto permite solucionar el mismo adaptándose con mayor facilidad a la mentalidad de los profesionales del ramo que suscribieron el contrato en el que surgen los problemas.

De modo particular, en que el arbitraje de consumo queda garantizada la presencia en el órgano decisor de quienes mejor conocen tanto la naturaleza del litigio como las circunstancias que lo rodean y el comportamiento habitual de las partes interesadas en la resolución del conflicto, ya que la composición del colegio arbitral asegura la inclusión en el mismo tanto de consumidores y usuarios como de empresarios²¹⁹.

²¹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo*, *op. cit.*, págs. 1 y ss.

²¹⁹ GUTIÉRREZ SANZ, R., «Las Juntas Arbitrales de Consumo», en *El sistema arbitral de Consumo*, (con otros), pág. 77.

Por último, la mayor ventaja del arbitraje radica en la superior efectividad del mismo sobre todo en relación con la ejecución del laudo arbitral.

Esta eficacia radica fundamentalmente en tres factores²²⁰: el primero, en el respaldo que supone la voluntad de las partes; en efecto, quienes se someten a arbitraje aceptan previamente la resolución del conflicto por el árbitro o árbitros que eligen de común acuerdo y establecen, también de común acuerdo, el procedimiento a seguir, que incluso puede incluir medidas tendentes a facilitar el cumplimiento voluntario del laudo; además, el laudo arbitral goza del respaldo del Estado para la ejecución del mismo en caso de incumplimiento voluntario, a semejanza de lo que ocurre con las sentencias judiciales; el segundo, en el prestigio de los árbitros, que las partes pueden elegir libremente; y el tercer factor, es la posibilidad de que los árbitros decidan conforme a equidad, que permite en ocasiones soluciones del conflicto más justas que las que se obtendrían aplicando estrictamente la norma jurídica preestablecida.

B. Desarrollo normativo

La creación del sistema arbitral de consumo tiene su punto de partida -como es sabido- en el art. 51 de la Constitución española de 1978, en el que se establece que *«los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»*.

Esta invitación constitucional fue recogida seis años después con la promulgación de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio, cuyo art. 31 dispone: «1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial de acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Constitución.- 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Este precepto establece un sistema arbitral fundamentado en las siguientes características básicas: aformalismo del procedimiento, de carácter decisorio (no sólo conciliador), ejecutivo, voluntario, alternativo de la actuación judicial y administrado en cuanto a la organización preestablecida del arbitraje en la designación de los árbitros.

²²⁰ CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho español*, op. cit., pág. 50.

Había nacido un arbitraje al margen del regulado por la Ley de Arbitraje de 1953, ya que ésta carecía de características jurídicas que la hicieran apropiada para fundamentar el desarrollo de un arbitraje de consumo moderno. Sin embargo, la naciente institución no era más que un embrión, puesto que no existían reglas para ordenar su desarrollo ni su configuración como procedimiento eficaz, única forma de dar cumplimiento al texto constitucional.

De este modo, el camino hacia un sistema arbitral de consumo se inicia en 1984, con la citada Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU).

La opción a favor del sistema arbitral como medio de resolución de los conflictos de consumidores fue una decisión innovadora, puesto que nuestro país tenía, en aquel momento, una escasa tradición de arbitraje.

Hasta entonces la única vía a la que cabía acudir era la judicial, pero sus inconvenientes desanimaban a la mayoría de los consumidores, y el conflicto quedaba sin resolver. No hay que olvidar que, como se ha señalado, en los conflictos de consumo concurren una serie de connotaciones especiales que aconsejan el establecimiento de cauces adecuados para la protección jurídica de los derechos materiales reconocidos a los consumidores: tales connotaciones son, entre otras, desequilibrio entre las partes, contratos de pequeña cuantía y desconocimiento de las normas legales.

En el año 1986 comienza a desarrollarse la «*experiencia piloto*» del arbitraje de consumo, antes de su implantación general y su regulación legal, para conocer así las necesidades reales de su funcionamiento y evaluar la aceptación entre consumidores y empresarios.

El paso decisivo en cuanto a la configuración de un arbitraje acorde con la Constitución y con los principios establecidos en la señalada Ley 26/1984 se produce con la promulgación de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, tiempo después derogada por la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Esta Ley de Arbitraje diseñó un modelo que daba satisfacción al sistema arbitral previsto en el citado art. 31 de la Ley General para de Defensa de Consumidores y Usuarios al reconocer explícitamente la existencia del arbitraje de consumo y ordenar el desarrollo definitivo del mismo.

Al respecto, el mandato recibido por el Gobierno por imperativo de la disposición adicional segunda de la Ley de Arbitraje de 1988, en relación con el art. 31 de la Ley 26/1984, LGDCU, fue cumplido por la promulgación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se reguló, en nuestro país, el Sistema Arbitral del Consumo estableciendo la creación de Juntas Arbitrales de Consumo y el procedimiento a seguir para la decisión de conflictos.

Tanto la Ley de Arbitraje de 1988 (art. 22) como el Real Decreto del Sistema de Arbitraje de Consumo (art.10) establecieron como principios inherentes al procedimiento arbitral los de audiencia, contradicción e igualdad²²¹; las partes podían actuar por sí o debidamente representadas (arts. 10.2 RDSAC y 21.3) y la inactividad de las partes en el procedimiento arbitral no impedía que se dictara el laudo ni le privaba de eficacia (arts. 10.3 RDSAC y 22.2 LA 36/1988).

Por otro lado, el art. 10 del RD de Arbitraje de Consumo introduce algunas modificaciones al régimen general previsto en la Ley de Arbitraje de 1988: a) el procedimiento arbitral comienza con la designación del colegio arbitral y no cuando el árbitro haya notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art. 22.1 Ley 36/1988); b) a los principios señalados que han de informar necesariamente el procedimiento arbitral añade el de gratuidad de conformidad con lo previsto en la disposición adicional 1.2 de la Ley 36/1988.

Conforme a la normativa citada y considerando el carácter supletorio de la derogada Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, el sistema arbitral español de consumo presenta las siguientes características²²²:

- a) Se prevén unos órganos estatales específicos que configuran un arbitraje administrado en cuanto a la organización preestablecida del arbitraje en la designación de los árbitros.
- b) Los convenios arbitrales en materia de consumo, para ser eficaces, además de los requisitos generales de la Ley de Arbitraje, han de ser claros y explícitos. Con ello se evita perjudicar al consumidor a través de disposiciones contractuales contenidas en la llamada *letra pequeña*.
- c) El antiformalismo regula el arbitraje de consumo.
- d) La sumisión de las partes a arbitraje será voluntaria.
- e) El laudo arbitral en materia de consumo tendrá carácter decisorio -no meramente conciliador, ni consultivo- vinculante y ejecutivo para ambas partes.
- f) El procedimiento arbitral es alternativo a la actuación judicial.
- g) La disciplina de protocolización del laudo queda suprimida al permitirse la constancia de la decisión arbitral sin necesidad de acudir al notario (DA 1.ª LA 1988, párrafo 1.º).

²²¹ Sobre estos principios en el arbitraje de consumo, GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., «Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 de marzo de 2003, pág. 4.

²²² CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho español*, op. cit., Pamplona, 1995, págs. 52 y ss.; BONET NAVARRO, A., *El sistema arbitral de consumo, Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, (con otros), págs. 55 y ss.

h) La administración del arbitraje es gratuita (DA 1.^a LA 1988, párrafo 2.^o).

Estas características del sistema arbitral de consumo en el ordenamiento español permiten no sólo que se le puedan aplicar las ventajas que, con carácter general, se predicen del Sistema Arbitral sobre el Sistema Jurisdiccional, sino que además se puedan añadir las ya mencionadas como la gratuidad, la especialización de los árbitros o la ausencia de protocolización del laudo.

Las deficiencias de la Ley de Arbitraje española de 1988 comenzaron a corregirse en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje²²³ que se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, considerando la necesidad de uniformar el Derecho procesal arbitral y la adecuación a la práctica del arbitraje comercial internacional. El legislador español, en palabras de la Exposición de Motivos, sigue la Recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el fin de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares. La Ley supone un nuevo e importante avance en la regulación de la institución mediante la incorporación de nuestro país al conjunto de los que han adaptado su legislación a la Ley Modelo.

Esta circunstancia permitirá que la Ley arbitral española se adecue a las necesidades actuales del tráfico jurídico y que sea difundida con mayor facilidad entre los operadores económicos del comercio internacional; asimismo, la nueva Ley ofrece ventajas e incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos, elijan el territorio español como lugar de celebración del arbitraje y la ley nacional como la ley aplicable.

Una de las principales novedades de la Ley de Arbitraje de 2003, como afirma su Exposición de Motivos, es la relativa a la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares (art. 23 LA). Obviamente los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo de fondo se tratara.

Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta Ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo contrario de las partes.

Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los arts. 8 y 11 de esta Ley y en la LEC, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. La potestad arbitral y judicial en materia

²²³ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, marginal 23646

cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego de la buena fe procesal²²⁴.

La Ley de Arbitraje regula también la asistencia judicial para la práctica de pruebas, que es una de las funciones tradicionales de apoyo judicial al arbitraje. La asistencia no tiene que consistir necesariamente en que el Tribunal practique determinadas pruebas; en ciertos casos, bastará con otras medidas que permitan a los árbitros practicarlas por sí mismos, como, por ejemplo, medidas de aseguramiento o requerimientos de exhibición de documentos.

El art. 7 de la Ley de Arbitraje de 2003 establece el control judicial en el arbitraje y resalta el denominado efecto negativo del convenio arbitral que impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De este modo, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje se limita a los procedimientos de apoyo y control que expresamente prevea la Ley²²⁵.

Esta Ley de Arbitraje establece también algunas medidas que garantizan la celeridad en el procedimiento arbitral; al respecto, entre otras, se regula un plazo máximo para dictar el laudo arbitral de seis meses desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla (art. 37.2 LA); respecto del cómputo de los días, se dispone que se trata de días naturales [art. 5 b) LA]; el nombramiento judicial de árbitros se tramitará por los cauces del juicio verbal (art. 15.4); y, el ejercicio de la acción de anulación sigue los trámites del juicio verbal (art. 42 LA), entre otras.

En contraposición con el cumplimiento de determinadas formalidades propias de los procesos jurisdiccionales, el procedimiento arbitral regulado por la Ley arbitral de 2003 dota a la institución de flexibilidad tanto en el inicio como en el desarrollo del mismo, en consonancia con su naturaleza y función jurídica.

Al respecto, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes. La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el art. 29 sólo cumple la función de fijar el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. En cuanto al desarrollo posterior del procedimiento, la regla es la celebración de audiencias para la práctica de la prueba.

En la línea de principios conviene destacar, por un lado, que la Ley de Arbitraje establece el deber de todos los árbitros de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje²²⁶; por otro, que el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad se erigen en valores fundamentales del arbitraje nacional e internacional²²⁷; y, por último, que se suprime, con carácter general, el carácter preceptivo de la protocolización

²²⁴ Exposición de Motivos, V, *in fine*

²²⁵ Exposición de Motivos, II, párrafo 13.

²²⁶ Exposición de Motivos, IV, 3.º.

²²⁷ Exposición de Motivos VI, 1.º.

notarial del laudo²²⁸.

La disposición adicional única de la citada Ley contempla el supuesto de los arbitrajes de consumo y establece que la Ley de Arbitraje será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refería la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en Derecho.

Sobre esta cuestión, en la LA de 2003 el arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya que esta orientación es la adoptada en el panorama comparado. En consecuencia, se invierte la regla que la Ley de Arbitraje actual contiene en favor del arbitraje de equidad.

C. Desarrollo del sistema arbitral de consumo en España

Se puede decir, en líneas generales, que el sistema arbitral de consumo en España ha experimentado una buena aceptación, tanto en el sector empresarial como entre los consumidores, debido fundamentalmente a la rapidez y agilidad del sistema, al carácter vinculante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Arbitral, a la posibilidad de solicitar la ejecución judicial de esos laudos y a la gratuidad (casi completa) del sistema.

Por otra parte, la posibilidad de que las empresas o profesionales se adhieran previamente al sistema les supone contar con un distintivo oficial, símbolo de calidad utilizable en su establecimiento o publicidad, que les distingue frente a la competencia que representa el compromiso de someter las futuras controversias con los consumidores al arbitraje de consumo, claramente más beneficioso para éstos que acudir a los Tribunales de Justicia.

Así, el sistema arbitral de consumo presenta unos importantes índices de crecimiento, lo que ha proporcionado una disminución en la carga de trabajo a los Juzgados, así como a los departamentos mediadores y sancionadores de las Administraciones competentes en materia de consumo.

El sistema arbitral español de consumo traspasa los límites nacionales a través de su inclusión en la Red Europea Extrajudicial de Solución de Conflictos²²⁹ -la citada RED EJE-, por lo que resulta particularmente apto para la resolución de conflictos transnacionales, y presenta la ventaja de la accesibilidad al mismo a través de Internet²³⁰ (programa SITAR)²³¹, con el consiguiente abaratamiento

²²⁸ Art. 37.8 LA 2003

²²⁹ Red Comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (*DOCE C 155*, de 6 de junio de 2000, pág. 1).

²³⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 27 de marzo de 2003, núm. 571, págs. 5 y ss.

²³¹ El Programa SITAR (Sistema de Información sobre Tramitación Arbitral a través de Internet) forma parte de la iniciativa PISTA del Ministerio de Ciencia y Tecnología, que trata de fomentar el uso de las nuevas tecnologías de la información en nuestro país. El Instituto Nacional de

de los costes y la ausencia de desplazamientos de las partes²³². Integran la Red EJE en España, entre otros organismos, el Instituto Nacional del Consumo como *Centro de Intercambio de Información*; el Centro Europeu del Consumidor del Institut Català del Consum y el Centro Europeo del Consumidor del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco como *Centros Europeos del Consumidor*, y, las Juntas Arbitrales de Consumo de distinto ámbito geográfico (nacional, autonómico, provincial, de mancomunidad de municipios y municipal) como *órganos extrajudiciales de resolución de conflictos*. La Red EJE garantiza el respeto por los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos de los diferentes países, de los principios de funcionamiento que figuran en la Recomendación 98/257/CE. Estos órganos son notificados a la Comisión Europea por los diferentes Estados una vez verificado el cumplimiento de los siete principios a los que se refiere la Recomendación, como ya se ha señalado.

Según los datos que fueron hechos públicos durante la Conferencia celebrada en Bruselas en el mes de noviembre de 2003 -en la que se dio por finalizada la fase experimental de la Red Eje- España ocupaba el cuarto lugar de los diecisiete Estados que integran la Red extrajudicial europea para la solución de conflictos en materia de consumo en cuanto a número de reclamaciones recibidas durante la experiencia piloto desarrollada entre el mes de octubre de 2001 y marzo de 2003, pues en total fueron 206 las reclamaciones recibidas en España, de las cuales 74 fueron presentadas por consumidores españoles a causa de transacciones celebradas en otros países europeos y el resto procedían de europeos que habían visitado nuestro país y que tuvieron algún problema durante su estancia.

Por sectores, el mayor número de reclamaciones correspondió al aprovechamiento por turno de inmuebles, también llamado *time share*.

A la Conferencia, organizada por la Dirección General de Salud y Protección a los Consumidores de la Comisión Europea, asistieron representantes de los diferentes Centros de Intercambio de Información, de los centros europeos de información al consumidor, de los órganos extrajudiciales de solución de conflictos y de asociaciones empresariales y de consumidores de todos los países del espacio económico europeo, tanto miembros actuales de la Red (Unión Europea, Noruega e Islandia) como países que se integrarán en la futura ampliación de la Unión Europea.

Los órganos extrajudiciales españoles son los siguientes²³³: por un lado, 67 *Arbitration Boards*; Junta Arbitral Nacional de Consumo (*National Consumer Arbitration Board*): 1. Andalucía; Sevilla (A), Córdoba (P), Granada (P), Jaén

Consumo ha habilitado un enlace, a través de su página web (*vid.* <http://www.consumo-inc.es>).

²³² Los servicios en línea de solución de conflictos («ODR» por *Online Dispute Resolution*) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet (Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil [presentado por la Comisión], Bruselas, 19 de abril de 2002, COM [2002] 196 final)

²³³ En España están constituidas 73 Juntas Arbitrales de Consumo

(P); *Local authorities*: Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Jerez de la Frontera, Málaga, Sevilla. 2. Aragón: Zaragoza (A); *Local authorities*: Zaragoza, 3. Asturias: Oviedo (A). *District authority*: Valle del Nalón; *Local authorities*: Avilés: Gijón, 4. Baleares: Palma de Mallorca (A); *Local authority*: Maó (Menorca). 5. Canarias: Las Palmas de Gran Canaria (A); 6. Cantabria: Santander (A); 7. Castilla-La Mancha: Toledo (A). 8. Castilla y León; Valladolid (A); *Local authorities*: Ávila; Burgos; León; Miranda de Ebro, Palencia, Salamanca, Segovia, Soria, Valladolid, Zamora, 9. Cataluña. Barcelona (A). *Local authorities*: Badalona, Barcelona, L'Hospitalet; Lleida; Sabadell, Terrasa, Vilafranca del Penedés: 10. Extremadura. Mérida (A); *Local authority*: Badajoz: 11. Galicia: Santiago de Compostela (A) *Local authority*: Vigo. 12. Madrid. Madrid (A). *Local authorities*: Alcobendas, Getafe, Leganés, Madrid. 13. Murcia. Murcia (A): 14. Navarra. Pamplona (A) 15. *Basque Country*: Vitoria. *Local authorities*: Irún, Vitoria, 16. La Rioja: Logroño (A); 17. Comunidad Valenciana: Valencia (A): Alicante (P); Castellón de la Plana (P). Y, por otro, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol).

A la Conferencia, organizada por la Dirección General de Salud y Protección a los Consumidores de la Comisión Europea, asistieron representantes de los diferentes Centros de Intercambio de Información, de los centros europeos de información al consumidor, de los órganos extrajudiciales de solución de conflictos y de asociaciones empresariales y de consumidores de todos los países del espacio económico europeo, tanto miembros actuales de la Red (Unión Europea, Noruega e Islandia) como países que se integrarán en la futura ampliación de la Unión Europea.

De los datos extraídos de la última Memoria disponible (INC) publicada el 25 de septiembre de 2008 del Sistema Arbitral de Consumo correspondiente al año 2007²³⁴ se había experimentado un incrementado un 23,22% en las solicitudes recibidas respecto al año anterior.

En concreto, el Instituto Nacional de Consumo, del Ministerio de Sanidad y Consumo, registró en el año 2002, más de 115 solicitudes diarias de arbitraje de consumo, que fueron presentadas por los consumidores ante las Juntas Arbitrales por discrepancias con sus proveedores de bienes y servicios. Por otro lado, la cifra de aceptación de los empresarios de la solución arbitral aumentó aproximadamente en un 5% respecto del año precedente y sitúa la cifra de aceptación en un 80% de los casos.

En 3.871 casos (el 21,77% del total) la mediación de la Junta Arbitral evitó el inicio del procedimiento arbitral al propiciar el acuerdo de las partes en conflicto. Los diferentes Colegios Arbitrales emitieron en este período 13.915 resoluciones o laudos, de los que 8.809 (63,30%) estimaron parcial o totalmente la reclamación inicial del consumidor, mientras que 4.064 (29,20%) la desestimaron y dieron, por tanto, la razón al reclamado. Por último, se produjeron 1.042 laudos conciliatorios (7,48%).

²³⁴ <http://www.consumo-inc.es/Arbitraje>.

Sin embargo esta situación, cambia debido a la entrada en vigor del R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se aprobó el Sistema Arbitral de Consumo, y el R. D. 863/2009, de 14 de mayo, sobre Arbitraje Electrónico, que le modifica, tratando de potenciar las ventajas del arbitraje en consonancia con la política comunitaria de facilitar el acceso de los consumidores a los métodos alternativos de solución de conflictos en materia de consumo y, por otro las facilidades permitidas por la operatividad (desde el 9 de febrero de 2003) del Sistema de Información para ver la Tramitación del Arbitraje (SITAR), que permite presentar las reclamaciones vía Internet y comprobar que la reclamación es admitida a trámite. Asimismo, las deliberaciones de los árbitros se podrán realizar a través de videoconferencia y el laudo llegará a las partes a través de la Red.

1. Nacimiento del Arbitraje de Consumo en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, y la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El arbitraje es un sustitutivo de la vía judicial por el que las personas naturales o jurídicas pueden someter, como indica el art. 1 de la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988 de 5 de diciembre), previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

Es decir, se trata de una vía alternativa a la judicial, más rápida, expeditiva y sin merma de las garantías que deben reconocerse a las partes, para resolver determinadas controversias, en los términos previstos en la Ley de Arbitraje.

Entre las controversias y cuestiones litigiosas que pueden solventarse a través del arbitraje se incluyen las surgidas en actos de consumo; esto es, los que ponen en relación a un empresario individual o colectivo y a un consumidor o usuario.

Siendo estos últimos las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden que nace en el art. 2 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Dicha Ley 26/1984 estableció en su art. 31, en cumplimiento del mandato del art. 51.1 de la Constitución («*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*»), que el Gobierno, previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, establecería un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atendiera y resolviese, con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurriese intoxicación, lesión o muerte, ni existiesen indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección

administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Constitución.

En esta misma línea, la Ley de Arbitraje, en su disp. adic. 1.^a, señaló que el Gobierno establecería reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé el art. 31 de la Ley 26/1984.

Señalando, asimismo en la disp. adic. 1.^a, que el sistema arbitral de consumo, entre otros, sería gratuito, y en el mismo no sería precisa la protocolización notarial del laudo (como excepción a la regla general del art. 33.2).

Esta modalidad de arbitraje presentaba grandes posibilidades en cuanto que permitiría resolver unas controversias que, en la mayoría de los casos, bien por la acumulación de asuntos en los órganos judiciales o por la escasa cuantía de las adquisiciones o prestaciones en que surgía la controversia, era preferible abandonar, conformándose el consumidor con su mala suerte antes que embarcarse en un largo proceso que, al final, podía resultar más costoso. Ante esta posibilidad de resolver de manera gratuita, rápida y eficaz este tipo de controversias, se puso en marcha, con carácter experimental, este sistema arbitral de consumo.

El balance de la experiencia no ha podido ser más positivo. Y tras aquellos años de funcionamiento de las Juntas Arbitrales, de familiarización de los consumidores con esta vía alternativa de solución de controversias, se dictó por el Gobierno la norma prevista en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la de Arbitraje: el Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo, por el que se reguló el sistema arbitral de consumo.

Con la entrada en vigor de este Real Decreto se inauguró, una nueva etapa regida por el Real Decreto, que en gran medida había recogido la experiencia de la etapa anterior y de otros países de nuestro entorno, fundamentalmente la Unión Europea, lo que supuso un paso fundamental para aunar los modos de funcionamiento y extender y dar a conocer esta vía alternativa a todos los consumidores y empresarios.

Las notas más destacadas de este sistema arbitral de consumo, son:

- 1) Voluntariedad²³⁵. El art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ya estableció que el sometimiento de las partes al sistema arbitral sería voluntario y deberá constar expresamente por escrito.
- 2) Gratuidad. Establecida, en principio, en el apartado 2.º de la disp. adic. 1.^a de la Ley de Arbitraje, según el cual «los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior -entre los que figura el de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984- son gratuitos».

²³⁵ STC 136/2010, de 2 de diciembre «solo habrá arbitraje de consumo si quiere el consumidor y el reclamado lo acepta, bien con carácter general o específicamente para el caso concreto».

También se consagró este principio en el art. 10.1 del Real Decreto 636/1993, regulador del sistema arbitral de consumo, a cuyo tenor *«el procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del Colegio Arbitral, ajustándose en todo caso a lo dispuesto en este Real Decreto, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad»*. Si bien este principio de gratuidad tiene una excepción en el caso de las pruebas practicadas a instancia de parte, como luego se verá al hablar del procedimiento.

- 3) **Carácter vinculante y ejecutivo.** Consagrado en el art. 17 del Real Decreto 636/1993, al señalar que *«el laudo arbitral tendrá carácter vinculante y producirá efectos idénticos a la cosa juzgada»*. Ello significa, como estableció el art. 11 de la Ley 36/1988, de Arbitraje (a la cual se hace, en este art. 17 del Real Decreto, una remisión en cuanto a notificaciones, aclaraciones, anulación y ejecución de laudos), que el *«convenio arbitral por el que las partes acuerdan acudir al arbitraje obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción»*.
- 4) **Rapidez y simplicidad.** El arbitraje se desarrolla sin formalidades especiales y se tramita en un corto espacio de tiempo, que, como máximo, será de cuatro meses desde la constitución del Colegio Arbitral.
- 5) **Equilibrio entre las partes.** La composición tripartita de los Colegios Arbitrales (un representante de la Administración que será el Presidente, otro que representa a los empresarios y otro a los consumidores) garantiza el equilibrio y la igualdad entre las partes.

Con el fin de hacer una resumida y clara exposición de este sistema arbitral, destacamos los aspectos más importantes, mediante las rúbricas de los capítulos en que se estructura el Real Decreto.

2. Objeto

En primer lugar, el capítulo referente al objeto del arbitraje de consumo, que es el de atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos. Es decir, las controversias surgidas entre empresarios y consumidores con ocasión de un acto de consumo.

Quedaron exceptuadas en el art. 2.2 del Real Decreto una serie de cuestiones (aquéllas sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; aquéllas en que debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes no pueden actuar por sí mismos; aquéllas en que concurra lesión, intoxicación, muerte o existan indicios racionales de delito [...]), que son las mismas cuestiones excluidas del arbitraje en su Ley reguladora. Sin olvidar que se trata de una vía alternativa a

la judicial, la cual está siempre abierta, si no se desea utilizar el sistema arbitral de consumo o una de las partes lo rechaza. Así, no pueden ser objeto de este arbitraje reclamaciones por culpa extracontractual ajenas a una relación de consumo²³⁶.

3. Las Juntas Arbitrales

En el aspecto de la organización, el sistema arbitral se lleva a la práctica a través de las Juntas Arbitrales de Consumo y de los Colegios Arbitrales.

El órgano arbitral, propiamente dicho, de composición tripartita con presencia del sector empresarial, de los consumidores y de la Administración y que en definitiva dicta el laudo arbitral es el Colegio Arbitral. Se constituye para cada controversia en particular, y se disuelve una vez dictado el laudo.

Como institución estable de carácter territorial (nacional, de Comunidad Autónoma, provincial, de mancomunidad de municipios y municipal), se crean, mediante acuerdos entre la Administración del Estado (a través del Instituto Nacional de Consumo) y las correspondientes (a nivel territorial) Administraciones Públicas, las Juntas Arbitrales.

Estas Juntas Arbitrales tienen como misión (art. 4 del Real Decreto) el fomento y la formalización de convenios arbitrales, actuaciones de mediación, confección y actualización del censo de empresas que hayan realizado ofertas públicas de adhesión, elaboración y puesta a disposición de los interesados de los modelos de convenio arbitral.

Si bien su misión fundamental no expresamente enumerada, pero extraíble de los términos del reglamento, es la de dirigir el procedimiento arbitral, recibiendo la solicitud de arbitraje; si hay convenio arbitral, en el que las partes expresan su voluntad de someterse al arbitraje, promoviendo la constitución del Colegio Arbitral, nombrando directamente al Presidente del Colegio, y ocupándose del nombramiento por las organizaciones empresariales y de consumidores de los vocales, y poniendo a su secretario a disposición, como secretario, con voz y sin voto, del Colegio Arbitral.

Tales Juntas Arbitrales no se superponen en el desempeño de tales funciones, a pesar de sus ámbitos territoriales, pues en los acuerdos de constitución de

²³⁶ Por ejemplo, los daños causados en la vivienda por una fuga de agua (SAP Almería 15-04-2004), o los daños en la fachada de un edificio por retirada de un cable telefónico, con exigencia de retirada del cable y canalización subterránea (SAP Santa Cruz de Tenerife 26-06-1999). Hay por otra parte materias indisponibles para su sometimiento al arbitraje de consumo, concretamente aquellas que son indisponibles para las partes, así se ha declarado que la prestación del servicio universal de telecomunicaciones no es materia disponible para las partes, por ejemplo, la instalación de una línea telefónica donde el poste más cercano estaba a 75 metros (SAP Tarragona 31-01-2005), o el traslado de una línea telefónica a un lugar que carece de ella (SAP Asturias 20-01-2004), supuestos no equiparables a la reclamación para dar de alta a un abonado en una línea ya instalada.

cada una se fija su ámbito funcional y territorial, dando preferencia a la del domicilio del consumidor y a la de inferior ámbito territorial, consagrándose también la libertad de elección de Junta por las partes.

Entendida la diferencia entre Colegios y Juntas Arbitrales, se explican las diferencias en su estructura.

La Junta se compone de un presidente y un secretario, cargos que son desempeñados por personal al servicio de las Administraciones Públicas, designados por la Administración de la que dependa la Junta.

Mientras que el Colegio se compone de tres árbitros:

El Presidente, designado por la Junta Arbitral, entre personal al servicio de las Administraciones Públicas, licenciados en Derecho, nombrados por la Administración de la que dependa la Junta. Si bien el Presidente puede, excepcionalmente, ser nombrado por las partes si lo solicitan de mutuo acuerdo al Presidente de la Junta Arbitral y éste lo admite.

Un representante de los consumidores, designado por la organización de consumidores a través de la cual se hubiese efectuado la reclamación o bien de oficio si dicha reclamación se hubiera efectuado directamente en la Junta Arbitral.

Un representante de los sectores empresariales, designado por éstos en la Junta Arbitral o bien de oficio, si el reclamado no forma parte de una organización adherida al sistema arbitral.

Los miembros del Colegio Arbitral deberán, si las partes optan por el arbitraje de derecho, ser abogados en ejercicio, salvo el Presidente, que deberá ser licenciado en Derecho.

Las distintas Juntas Arbitrales de Consumo mantienen actualizadas las listas de Presidentes de Colegios Arbitrales, así como los árbitros propuestos por las asociaciones de consumidores y las organizaciones empresariales que se hayan adherido. Las designaciones pueden hacerse por tiempo indefinido y/o para cuestiones que afecten a sectores económicos específicos, rigiéndose la abstención y recusación de los árbitros por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

Como «soporte administrativo» y responsable de las notificaciones, el Secretario de la Junta Arbitral actuará de Secretario (sin voz ni voto) del Colegio Arbitral, levantando acta de las actuaciones del Colegio Arbitral.

4. El Convenio arbitral y procedimiento arbitral

Dado el carácter voluntario del arbitraje, el Real Decreto, siguiendo lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, establece como primer requisito el que las partes expresen su voluntad de someterse al arbitraje, que se plasma en el convenio arbitral.

Así, el primer paso lo ha de dar el consumidor, presentando su solicitud de arbitraje²³⁷, personalmente o a través de una asociación de consumidores y usuarios ante la Junta Arbitral que corresponda. Recibida la solicitud y aceptada por la Junta Arbitral de Consumo, ésta lo notifica al reclamado que, en un plazo de catorce días, deberá aceptarla o rechazarla para la formalización del convenio arbitral²³⁸.

Si bien, si el reclamado hubiese realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, el convenio queda formalizado automáticamente, con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que la solicitud coincida con el ámbito de dicha oferta²³⁹.

Al existir la posibilidad de que un empresario suscribiese un sometimiento de las actividades de su empresa al arbitraje de consumo, esos sometimientos parciales daban lugar a equívocos en su percepción por los consumidores²⁴⁰.

Si no se llega a formalizar el convenio arbitral, por no estar adherido el reclamado y no contestar en el plazo establecido, la Junta Arbitral ordena el archivo de las actuaciones (art. 9.2 del Real Decreto), quedando abierta la vía judicial. Dicho archivo también procederá si la reclamación se refiere a alguno de los supuestos exceptuados en el art. 2 del Real Decreto.

Formalizado el convenio arbitral se constituye el Colegio Arbitral, empezando en este momento el procedimiento, que como indica el art. 10 del Real Decreto se sujetará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad.

²³⁷ La solicitud de arbitraje ha de ser clara no basta la simple reclamación ante la Oficina Municipal de Información al consumidor (SAP Barcelona, Secc. 15ª, 25-07-1996), y por supuesto, el arbitraje no puede tener lugar frente a una empresa que no se ha sometido voluntariamente a él. Por ello existe un número apreciable de anulaciones de laudos dictados por la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña por haberse dictado en controversias con Caja Madrid que no había aceptado el arbitraje (SAP Barcelona, Secc. 14ª. 30-01-2004; 9-02-2004; 16-02-2004; 26-02-2004 y 23-04-2004).

²³⁸ SAP Castellón de 24 de septiembre de 2007.

²³⁹ En la inmensa mayoría de los casos, el sometimiento público al arbitraje de consumo es realizado por las PYMES, y se hacen referidos a Juntas arbitrales concretas. Así se ha declarado que el sometimiento al arbitraje de una sociedad de servicios urbanos de Alicante no significa sometimiento genérico al sistema arbitral de consumo, y más en concreto a la Junta arbitral de consumo de Murcia (SAP Murcia 14-03-2001).

²⁴⁰ Un sometimiento de Telefónica que excluía del arbitraje las reclamaciones por tarificación adicional, y por ello se declaró que cuando la reclamación del consumidor se refiere a la forma de prestación de los servicios, no recae en el ámbito del arbitraje (SAP Sevilla 24-09-2004), y en ocasiones el condicionamiento del sometimiento al arbitraje ha sido tan sofisticado y contrario al sentido del sometimiento, que ha sido rechazado por los Tribunales, así se ha declarado que el sometimiento al arbitraje de una empresa de seguros no puede exigir que después de rechazada la reclamación por la empresa, tenga que dirigirse al departamento de atención al cliente antes de acudir al arbitraje (SAP Tarragona 28-01-2003).

Una vez constituido el Colegio, en el plazo máximo de tres meses se da audiencia²⁴¹ a las partes (art. 12), audiencia que podrá realizarse verbalmente o por escrito.

Durante el trámite de audiencia el colegio arbitral intentará la conciliación entre las partes, de forma que si se lograra, se recogerá en el laudo.

El Colegio Arbitral podrá acordar la práctica de las pruebas pertinentes, siendo sus gastos costeados por la Administración de la que dependa la Junta en las acordadas de oficio; por quienes las propongan, en las planteadas a instancia de parte; y las comunes por mitad, salvo que se aprecie mala fe o temeridad en el laudo.

Una vez practicadas las pruebas, los árbitros podrán, en su caso, acordar la convocatoria de las partes para oír las nuevamente. Si bien la inactividad de las partes en el procedimiento arbitral de consumo no impedirá que se dicte el laudo, ni le privará de eficacia.

5. El Laudo arbitral.

El laudo y todas las resoluciones del Colegio Arbitral se deciden por mayoría de votos, dirimiendo los empates el voto del Presidente.

Se dicta en un plazo²⁴² máximo de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral. Plazo que puede ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes, notificándose al Colegio Arbitral antes de la expiración del plazo inicial.

El laudo (art. 16 del Real Decreto) se dicta por escrito, expresando los extremos enumerados en el Reglamento; entre otros, puntos controvertidos, composición del Colegio, partes, alegaciones, pruebas practicadas, plazo para cumplir lo acordado, así como el voto de la mayoría y el voto disidente, si lo hubiera. Dicho laudo será motivado cuando el Colegio Arbitral decida la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho²⁴³.

²⁴¹ Se exige que se respeten los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad, a tales efectos la convocatoria de la audiencia con plazo suficiente es fundamental, por ello se anula el laudo cuando se convoca la audiencia sólo con dos días de antelación, y la parte comunica que no puede asistir y, sin embargo se celebra sin asistencia de la parte demandada a la que se condena (SAP Girona 24-03-2004). Igualmente se anula el laudo por indefensión porque Telefónica aporta fuera de plazo unos documentos distintos a los que le habían sido solicitados, sin tiempo para su examen por la otra parte antes de la audiencia (SAP Valencia 22-06-2004).

²⁴² Si no se respeta el plazo se anula el laudo (SAP Granada 26-11-2001 y SAP Asturias 18-11-2004).

²⁴³ STC 66/2010, de 2 de diciembre, si el laudo no tiene ese contenido mínimo, se anula (SAP Zaragoza 4-11-2003)

Contra el laudo sólo cabe el recurso de revisión y el recurso de anulación, el cual debía ser presentado antes ante la Audiencia Provincial en el plazo de los diez días siguientes a la notificación del laudo, pero ahora tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, lo es ante las *Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia*.

Transcurrido el plazo señalado en el laudo sin que éste se haya cumplido, podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado²⁴⁴.

II. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE CONSUMO. ASPECTOS PROCESALES: EL R. D. 636/1993, DE 3 DE MAYO

Como afirma el Profesor RAMOS MENDEZ²⁴⁵ el arbitraje es una «*institución, típicamente procesal, resume en sí misma la esencia de la jurisdicción en su significado más puro y genuino. Lo que en realidad exige la resolución de un problema jurídico entre dos individuos es que la decisión provenga de un tercero, en aras de la imparcialidad y de la independencia del juicio. En el arbitraje se cumple este principio en toda su extensión.*

Por ello, dentro de nuestra disciplina, se ha de prestar atención a las dos fórmulas posibles del arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, como típicas manifestaciones jurisdiccionales».

Sin embargo no se abordaran aquí, los aspectos procesales, el estudio del arbitraje de consumo en su totalidad, pese a su naturaleza jurisdiccional²⁴⁶, pues se habrá de excluir lo relativo al colegio arbitral, el laudo arbitral y la intervención judicial en el arbitraje de consumo, aunque obviamente también se refieren a aspectos procesales del arbitraje.

El objeto se ceñirá al «*Capítulo IV. Del Procedimiento Arbitral de Consumo*» (arts. 10 al 13) del Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo, en el que se reguló por primera vez, el Sistema Arbitral de Consumo.

De una primera lectura de dichos preceptos fácilmente se podrá concluir que la regulación del procedimiento es muy parca, aunque no debió ser esa la

²⁴⁴ El art. 548 de la LEC redactado de nuevo por la Ley de agilización procesal, de 10 de octubre de 2011 (LAP): «*No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado*»

²⁴⁵ RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Librería Bosch, Barcelona (3.ª ed.), Tomo I, págs. 11 y ss

²⁴⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991 (BJC, núm. 120), denomina al arbitraje como «*equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)*».

intención del legislador expresada en el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984 de 19 de julio), al conferir al Gobierno el establecimiento de un sistema arbitral «*sin formalidades especiales*». Ello hará necesaria la constante llamada, para resolver las lagunas que se plantean, a la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988 de 5 de diciembre), norma de aplicación subsidiaria, como ya adelantaba la propia Ley de Arbitraje, al recoger en su Exposición de Motivos:

«[...] Leyes como la de Ordenación del Seguro Privado, la General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la de Propiedad Intelectual y la de Ordenación de los Transportes Terrestres, crean instituciones arbitrales a las que la presente Ley servirá de norma complementaria, especialmente desde el punto de vista procesal».

Su subsidiariedad se prevé expresamente en el art. 1 del Real Decreto que regula el Sistema Arbitral de Consumo:

«El Sistema Arbitral de Consumo se rige por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en él, por la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje».

La escasez de la regulación del procedimiento indirectamente también se pone de manifiesto en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 2 de julio de 1992 (núm. 533/92/MM)²⁴⁷ que omite todo comentario sobre los arts. 10 al 13.

El Consejo de Estado sí, con claridad, ha sabido valorar la importancia de la institución que se estudia; entre sus consideraciones se puede leer que:

«Considera oportuno y conveniente el proyecto al que se refiere el expediente, no sólo porque viene a satisfacer un mandato legislativo, sino también por las ventajas que para las partes en conflicto representa la posibilidad de acudir a la vía arbitral. El arbitraje es una institución de probada eficacia en nuestro ordenamiento jurídico. La posibilidad de solventar ciertos conflictos de intereses a través de una vía más inmediata y rápida que el proceso judicial, sin merma de las garantías que deben reconocerse a las partes, ofrece indudables ventajas en todo el amplio terreno de las operaciones mercantiles.

En la materia objeto de informe tales ventajas se potencian si se tiene en cuenta que nos hallamos ante operaciones muy numerosas, practicadas por el colectivo de consumidores y usuarios, que es el más amplio que pueda imaginarse. La institucionalización y una regulación adecuada de la vía arbitral pueden servir en este terreno, como pretenden los mandatos legislativos que se trata de cumplir, a una más rápida y eficaz satisfacción de los derechos e intereses tanto de los consumidores y usuarios como de las empresas y profesionales implicados en estas operaciones».

²⁴⁷ Celebrada con la asistencia de los Sres. Ledesma Barbret (Presidente), Gutiérrez Mellado, Lavilla Alsina, Arozamena Sierra, Sánchez del Corral y del Río, Peces Barba del Brío, Vizcaíno Márquez, Pérez-Tenessa Hernández y Yuste Grijalba (Secretario accidental).

1. Cuestiones previas al comienzo del procedimiento arbitral de consumo

Conforme a lo dispuesto en el art. 10.1 del Real Decreto, «el procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del Colegio Arbitral», sin embargo existen cuestiones previas a esa designación, actuaciones realizadas ante la Junta Arbitral, de naturaleza procedimental, que deben ser destacadas, puesto que pueden llegar a impedir que el propio procedimiento arbitral llegue a iniciarse.

A. La solicitud de arbitraje

El art. 5 del Real Decreto establece:

«Los consumidores y usuarios presentarán personalmente o a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda según lo previsto en el artículo 3, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad».

De la simple lectura del precepto surgen una serie de cuestiones que necesitan de análisis:

En primer lugar, sólo los consumidores y usuarios están legitimados para presentar solicitudes de arbitraje, quedan excluidos los empresarios y profesionales que carecen de legitimación activa para solicitar el arbitraje de consumo y que, por tanto, tan sólo participan en el procedimiento legitimados pasivamente, como parte demandada o contra la que se deduce la pretensión.

El art. 31.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ya se refiere expresamente a un sistema que resuelva *«las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios»*.

Sin embargo, como afirma CASAS VALLES, *«Una rígida configuración unidireccional del arbitraje de consumo podría tener consecuencias absurdas, al obligar a discutir por separado cuestiones íntimamente relacionadas, abriéndose así paso el riesgo de soluciones contradictorias»*. Para el autor, el art. 31.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios *«no está tanto definiendo el ámbito material del arbitraje como una simple cuestión de legitimación para su puesta en marcha»*, de esta forma concluye que sí tendrían cabida dentro del arbitraje de consumo las pretensiones reconventionales de los empresarios y profesionales²⁴⁸:

La solicitud se presentará directamente por el consumidor o a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, lo que en principio determina la forma de designación del representante de los consumidores en el Colegio Arbitral, conforme al art. 11.1 b) del Real Decreto:

²⁴⁸ CASAS VALLES: *«De mantenerse de una forma rigurosa la unidireccionalidad del arbitraje es probable que las empresas no lo consideren muy atractivo. ¿Qué ventajas pueden obtener de un sistema arbitral pensado exclusivamente para atender quejas de los consumidores? En el mejor de los casos, la empresa saldrá tal como entró, sin otro beneficio que el de no ser condenada»*.

«La designación de representantes de los consumidores se efectuará de la forma siguiente:

Cuando la reclamación se formule a través de una Organización de Consumidores, el representante será el designado por la misma en la Junta Arbitral.

Si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral la designación se hará de oficio entre los representantes propuestos previamente por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios».

Menciona el precepto que se presentará la solicitud «*personalmente*», cuando no lo sea a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

El término personalmente no puede interpretarse que excluya para esta cuestión la posibilidad de que el consumidor presente su solicitud a través de un representante. El propio art. 10.2 del Real Decreto, para la actuación ante el Colegio Arbitral, prevé que las partes puedan actuar debidamente representadas, siendo el Colegio Arbitral el que decida sobre la suficiencia de la representación.

Por tanto también ante la Junta Arbitral se podrá comparecer por medio de representante, pero dado el carácter administrativo de este órgano, la suficiencia de la representación deberá atenerse a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común y, por tanto, «*deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado*».

La falta o insuficiencia de la acreditación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto la Junta Arbitral, conforme dispone el art. 32.4 de la mencionada Ley de Procedimiento Administrativo Común.

La solicitud se presentará ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda según lo previsto en el art. 3 del Real Decreto. Si la Junta Arbitral puede establecer su falta de competencia, en aplicación del principio de conservación de los actos y de conformidad con lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Procedimiento Administrativo Común, deberá remitirlo a la Junta Arbitral competente o, caso de no poder determinarla o no ser posible, al propio Ministerio. Así debe deducirse concretamente del apartado 4, letra b) del mencionado art. 38, más aún cuando la propia existencia de las Juntas Arbitrales exige el previo acuerdo entre la Administración Pública de que se trate y la Administración General del Estado a través del Instituto Nacional de Consumo (art. 3.2 del Real Decreto).

En cuanto a la forma de la solicitud, se prevé la posibilidad de empleo de «medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad». Más exacta parece la regulación del art. 45.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Procedimiento

Administrativo Común, que exige no sólo autenticidad, sino que también se garantice su integridad, conservación y recepción.

Nada establece el Real Decreto en referencia al contenido de la solicitud, conforme al art. 70 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Procedimiento Administrativo Común al menos deberá especificar la identidad del solicitante y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones; reflejar una queja o una reclamación, relacionando los hechos, razones y petición en que se concrete; lugar y fecha; firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresa; y Junta Arbitral a la que se dirige.

Obviamente, la solicitud de arbitraje de consumo también deberá especificar la persona frente a la que se reclama²⁴⁹.

La Junta Arbitral podrá requerir al solicitante que amplíe, aclare o especifique alguno de los extremos, en particular para determinar si la materia que se somete es alguna de las excluidas del arbitraje de consumo por el art. 2.2 del Real Decreto²⁵⁰, así se establece en el art. 71.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Procedimiento Administrativo Común:

«Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior [...] se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición [...]».

B. La formalización del Convenio Arbitral

Una vez ha sido presentada la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral correspondiente y ésta la acepta por considerar que no afecta a materias excluidas (arts. 2.2 en relación con el 8.1 del Real Decreto), en el art. 9 se regulan, aunque de forma algo confusa, tres vías distintas de llegar a su formalización, dependiendo de que haya existido con anterioridad una oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo o se hubiese

²⁴⁹ El art. 70.4 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Procedimiento Administrativo Común preceptúa que «las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan».

²⁵⁰ Art. 2.2.: No podrá ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones (art. 2.1 de la Ley 36/1988): a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos. d) Aquellas en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito (art. 31.1 de la Ley 26/1984).

formalizado previamente, entre las partes, el convenio arbitral.

Los distintos supuestos:

a) Existencia de oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo²⁵¹

Establece el art. 6.1 del Real Decreto: *«Cuando el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta».*

Ahora bien, no aparecía claramente regulado en el Real Decreto si la Junta Arbitral no obstante debe dar traslado de la solicitud al reclamado.

En principio, del art. 9.1 podría deducirse, por su inciso final, que la Junta Arbitral no notificará en estos supuestos la solicitud al reclamado, interpretando que *«salvo en los supuestos contemplados en el art. 6.1»* excluye esa obligación.

Sin embargo, dicha interpretación no es la adecuada. Lo que excluye el apartado 1 del art. 9 no es que, en los supuestos del art. 6.1, existencia de oferta pública, se notifique la solicitud al reclamado, sino que el empresario o profesional pueda rechazarla, o más exactamente que su rechazo produzca consecuencias.

Esta forma de entender el precepto resulta más acorde con los propios principios de igualdad entre las partes, contradicción y audiencia, recogidos en el art. 10.1 del Real Decreto, que más adelante se analizará; el empresario podría, por ejemplo, alegar que la solicitud queda fuera del ámbito del convenio; además ello permite que la Junta Arbitral, previamente al inicio del procedimiento, conforme prevé el art. 4 b) del Real Decreto medie respecto de la controversia.

Notificada pues la solicitud, si ésta coincide con el ámbito previsto para la oferta pública, el reclamado sólo podrá aceptarla expresamente o no contestar, puesto que el rechazo, se produzca o no, carecerá de efecto alguno.

Por tanto la Junta Arbitral, transcurridos los quince días hábiles previstos en el art. 9.1 del Real Decreto, procederá a constituir el Colegio Arbitral.

b) Convenio Arbitral formalizado previamente por las partes, pero inexistencia de oferta pública

²⁵¹ Sobre cómo debe realizar el empresario su oferta pública de sometimiento al arbitraje, BADENAS CARPIO, Juan Manuel, en su obra *El Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo*, Editado por la Consellería de Sanitat i Consum de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1993, págs. 174 y ss.

Se trata de aquellos casos en los que las partes, previamente a la solicitud, formalizaron un convenio arbitral, genérico o específico, en documento independiente o unido al mismo contrato causa de la reclamación.

El art. 11.1 de la Ley de Arbitraje establece:

«El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje».

El tratamiento pues debe ser idéntico al de la oferta pública; la Junta Arbitral, analizada la solicitud y estando ésta incluida dentro del Convenio Arbitral suscrito, dará traslado al reclamado que no podrá rechazar el arbitraje, pasando pues a constituirse el Colegio Arbitral.

También podría plantearse, haciendo otra lectura de los apartados 1 y 2 del art. 9 del Real Decreto, que en estos supuestos sí puede rechazar el reclamado el arbitraje y que por tanto el solicitante debería acudir a su formalización judicial conforme a los arts. 38 y siguientes de la Ley de Arbitraje.

Ello no sería deseable, puesto que si el Convenio remite al Arbitraje de Consumo, en dicho sistema arbitral corresponde el nombramiento de los árbitros a la Junta Arbitral y si se hiciese esta interpretación y *«no se aceptase el encargo»* lo que quedaría es abierta la vía judicial para la resolución de la controversia. No obstante pueden resultar problemáticas diversas cuestiones:

En primer lugar la prueba de la formalización previa del Convenio. A diferencia de la oferta pública, que deberá comunicarse mediante escrito o cualquier otro medio de comunicación a la Junta Arbitral, y que por tanto constará acreditada fehacientemente ante la misma con anterioridad a la solicitud (art. 6.2 del Real Decreto), en los supuestos de Convenio Arbitral formalizado entre las partes previamente, este extremo deberá ser acreditado con la solicitud ante la Junta Arbitral.

Una segunda cuestión es la que plantea CASAS VALLES²⁵², respecto de las posiciones de desequilibrio y la inclusión de los convenios arbitrales dentro de las cláusulas generales de contratación o en un contrato de adhesión. Entiende el autor que conforme a lo dispuesto en el art. 10.1, debe entenderse que el sentido de la disposición es *«tener por no puestos los pactos que, incluidos en condiciones generales, prevean arbitrajes distintos al de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»*.

c) Inexistencia de oferta pública y de convenio arbitral previo

En estos casos, el reclamado sí podrá rechazar la solicitud de arbitraje o simplemente no contestar en el plazo establecido, lo que conllevará que la Junta Arbitral archive las actuaciones, notificándolo al reclamante.

²⁵² *Comentarios a la Ley General para la Defensa*, cit., págs. 787 y ss.

2. El procedimiento para el enjuiciamiento por el Colegio Arbitral

Presentada la solicitud, dado traslado al reclamado, aceptado el arbitraje y constituido el Colegio Arbitral conforme a lo dispuesto en el art. 11 del Real Decreto, procede analizar las normas que establecen el procedimiento por el que el Colegio Arbitral formará sus convicciones y llegará a dictar el correspondiente laudo.

El Real Decreto es realmente parco en la regulación del procedimiento de enjuiciamiento, a ello dedica tan sólo los arts. 10 a 13, y además el art. 11 corresponde exclusivamente a la constitución del Colegio Arbitral; por ello, la invocación de la Ley de Arbitraje, supletoria del Real Decreto como ya quedó expuesto, será constante, pues sólo mediante su aplicación podrán resolverse muchas de las cuestiones que se suscitan en el arbitraje de consumo.

A. Principios generales

El art. 10.1 del Real Decreto establece:

«El procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del Colegio Arbitral, ajustándose en todo caso a lo dispuesto en este Real Decreto, con sujeción a los principios de audiencia, defensa, igualdad entre las partes y gratuidad».

El precepto transcrito repite, con algunas variaciones, lo dispuesto en el art. 21 de la Ley de Arbitraje²⁵³.

A ellos se debe añadir el principio antiformalista expresado en el art. 31 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *«el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios [...]».*

Nada impide traer aquí para comprender e interpretar estos principios la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de su contenido en el ámbito jurisdiccional.

a) Principio de audiencia

En el Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1988 de 24 de noviembre, se recoge *«que adquiere una indudable relevancia constitucional el deber que incumbe a los órganos judiciales, de hacer posible que las partes puedan adoptar la conducta procesal que estimen más conveniente y, fundamentalmente, de garantizar la audiencia de las mismas mediante los oportunos actos de comunicación (citaciones y notificaciones) establecidos por la ley procesal.*

²⁵³ Establece el art. 21.1 de la Ley de Arbitraje: *«El procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a lo dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes».*

Sólo la incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable puede justificar una resolución inaudita parte, según han señalado, entre otras, las SSTC 112/1987 y 66/1988».

Expresión concreta de este principio encontramos en el art. 12.1 del Real Decreto, *«Constituido el Colegio arbitral, en el plazo máximo de tres meses, se dará audiencia a las partes, la cual tendrá carácter privado».* O el art. 13.1: *«El Colegio Arbitral acordará la práctica de las pruebas pertinentes, citando para ello a las partes [...]».*

El carácter privado de la audiencia colabora a la discreción del arbitraje, considerada como una de sus bondades, así CASAS VALLES ²⁵⁴ entiende que *«ni el conflicto, ni los términos en que se plantea, ni las alegaciones, ni los medios de prueba ni, finalmente, la decisión pueden hacerse públicos sin acuerdo de las partes».* Sin embargo, advierte el autor, en un arbitraje administrativizado, como es el de consumo, *«la Administración puede llegar a conocer datos "sensibles", no sólo en cuanto a la normativa de consumo, sino también de índole laboral o fiscal»*²⁵⁵.

b) Principio de contradicción

Supone que las partes puedan alegar y probar sus derechos o intereses, a este principio se refieren entre muchas otras las sentencias del Tribunal Constitucional 237/1988 de 13 de diciembre, o 6/1990 de 18 de enero, que en su Fundamento Jurídico 2.º manifiesta *«que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses».*

Son exigencia del principio de contradicción el art. 12.3 del Real Decreto,

«La audiencia podrá realizarse verbalmente o por escrito, pudiendo las partes presentar los documentos y hacer las alegaciones que consideren necesarias para la mejor defensa de sus intereses».

O el art. 13.4:

«Una vez practicadas las pruebas, los árbitros podrán, en su caso, acordar la convocatoria de las partes para oírlas nuevamente».

c) La igualdad entre las partes

«Los Tribunales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria que garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de

²⁵⁴ Comentarios a la Ley General para la Defensa..., cit., pág. 767.

²⁵⁵ Comentarios a la Ley General para la Defensa..., cit., pág. 775.

otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese desequilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dicho equilibrio e igualdad» (sentencia del Tribunal Constitucional 101/1989 de 5 de junio, Fundamentos Jurídicos 2.º y 4.º).

El principio de igualdad²⁵⁶ no sólo preside el arbitraje, sino que también es referencia de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (y de todo el ordenamiento jurídico como consecuencia directa del art. 14 de la Constitución).

Precisamente para no dar un trato igual a situaciones subjetivas desiguales, para restablecer el equilibrio de las partes, se establece en el art. 10 de la mencionada Ley, como requisito de validez de las cláusulas generales en la contratación, *«el justo equilibrio entre las contraprestaciones»*²⁵⁷.

d) La gratuidad

Uno de los grandes atractivos del Sistema Arbitral de Consumo, ya prevista en la Disposición Adicional Primera, apartado 2 de la Ley de Arbitraje.

No obstante debe precisarse que el procedimiento arbitral será gratuito plenamente para las partes en cuanto a las retribuciones de los árbitros, no así respecto a los gastos ocasionados en la práctica de pruebas, para lo que el art. 13.3 del Real Decreto establece:

«Los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quienes las propongan y las comunes por mitad, salvo que el Colegio Arbitral aprecie, en el laudo, mala fe o temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso podrá distribuir en distinta forma el pago de los mismos».

La cuestión no es baladí. Según las propias estadísticas del Instituto Nacional del Consumo²⁵⁸, pues el coste medio de los peritajes ascendía a 55 €, frente a una cuantía media del objeto de litigio de 300 €, por lo que alcanza prácticamente un 20 por ciento del interés económico debatido.

Aunque el apartado 2 del art. 13 contempla la posibilidad de pruebas acordadas de oficio costeadas por la Administración de la que dependa la Junta Arbitral de Consumo, el propio precepto se encarga de recordar que será *«en función de sus disponibilidades presupuestarias»*.

²⁵⁶ FERNANDEZ FUSTES, M^a D., «La nueva regulación del arbitraje de consumo», en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. ESTHER GONZALEZ PILLADO. Madrid 2010. págs. 183 a 207.

²⁵⁷ BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *El Sistema Arbitral de Reclamaciones...*, cit., pág. 200.

²⁵⁸ *Sistema Arbitral de Consumo*, Editado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1993, pág. 10.

También es cierto que las Juntas Arbitrales están firmando convenios con distintos Colegios Profesionales a fin de obtener unos honorarios más bajos de los peritos que puedan intervenir en los arbitrajes.

e) Otros principios informadores del procedimiento arbitral de consumo. El principio inquisitivo *versus principio dispositivo*.

En el procedimiento arbitral pugna el principio dispositivo, por el cual las partes, de mutuo acuerdo pueden, por ejemplo, prorrogar el plazo para dictar el laudo arbitral, y el principio inquisitivo por el cual será la iniciativa del Colegio Arbitral la que prevalezca.

Ya la Ley de Arbitraje introdujo como novedad en nuestro sistema arbitral, en el art. 22.2, que «la inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia». Ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 regulaban esta cuestión²⁵⁹.

El Real Decreto también apoya decididamente el principio inquisitivo, limitando así la capacidad de disposición de las partes. El art. 10.3 establece:

«La inactividad de las partes en el procedimiento arbitral de consumo no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia».

También corresponde al Colegio arbitral, establecer la fecha de la audiencia, determinar si será verbal o escrita, intentar la conciliación, acordar o no la práctica de las pruebas y sobre su pertinencia, o acordar la convocatoria de las partes para oír las nuevamente tras la práctica de la prueba.

B. El desarrollo del procedimiento

a) Inicio

Ya se vio como el art. 10.1 del Real Decreto establece que el procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del Colegio Arbitral, pero el enjuiciamiento propiamente dicho no se inicia hasta que el Colegio Arbitral no ha quedado constituido.

La primera actuación del Colegio Arbitral tras su constitución será decidir la fecha para dar audiencia a las partes, determinando si será verbal o escrita, salvo que exista acuerdo, expresado en el convenio, que determine la forma o adoptado con posterioridad. El plazo máximo para celebrar esa audiencia será de tres meses, pudiendo el Colegio Arbitral acordar señalar una nueva fecha - siempre dentro del plazo legal establecido- si por causa justificada no hubiera podido celebrarse la anterior (art. 12 del Real Decreto).

Respecto al plazo de tres meses establecido para dar audiencia a las partes han de realizarse dos comentarios:

²⁵⁹ MASCARELL NAVARRO, María José, *Comentario Breve a la Ley de Arbitraje*, varios autores bajo la dirección de MONTERO AROCA, Juan, Ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 120 y ss.

No necesariamente esa audiencia tendrá finalmente que celebrarse, bastará que el Colegio Arbitral la convoque en debida forma, pues ha de recordarse que la inactividad de las partes no impide que se llegue a dictar el laudo. También podrá darse el caso de que comparezca una sola de las partes.

No aclaró el Real Decreto si el plazo puede ser prorrogado por acuerdo de las partes, ni la Ley de Arbitraje contempla el supuesto, puesto que en la misma no se establece plazo más que para dictar el laudo, pero precisamente porque las partes pueden acordar ampliar el plazo para dictar el laudo, arts. 14.2 del Real Decreto y 30.1 de la Ley de Arbitraje, nada parece impedir considerar el plazo para dar audiencia, también de carácter dispositivo.

Entre los efectos del inicio, distinguen CHILLON MEDINA y MERINO MERCHAN²⁶⁰, los procesales: la litispendencia arbitral (art. 533.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) legitima al Colegio Arbitral para ordenar el procedimiento y fallarlo; de los sustantivos: interrupción de la prescripción, responsabilidad del Colegio Arbitral y de la Junta Arbitral respecto de la solución del conflicto.

b) Audiencia

Alegaciones: Conforme al art. 12.2 del Real Decreto:

«La audiencia podrá celebrarse verbalmente o por escrito, pudiendo las partes presentar los documentos y hacer las alegaciones que consideren necesarias para la mejor defensa de sus intereses».

Es en esta fase donde las partes deberán concretar sus peticiones, ya expuestas, al menos sucintamente, en la solicitud por el consumidor o usuario, y por primera vez en el caso del empresario. También será éste el momento procesal oportuno para alegar cuantas excepciones puedan plantearse.

Podrán las partes en este trámite presentar documentos, aunque nada impide que sean presentados posteriormente, en la fase probatoria.

Para CASAS VALLES²⁶¹: *«Los árbitros no adoptarán una actitud meramente pasiva, sino que deberán intervenir -indagando, preguntando- a fin de que las partes expongan sus razones y pretensiones con la mayor claridad [...] Pero habrá que proceder con mucha cautela a fin de no vulnerar los principios esenciales del procedimiento (audiencia, contradicción e igualdad)».* Sin embargo, nada impide que la audiencia, caso de formularse alegaciones por escrito, no tenga lugar propiamente y que los árbitros simplemente establezcan, art. 25.2 de la Ley de Arbitraje, plazos preclusivos para formular las alegaciones.

En el supuesto de que el arbitraje sea de derecho y no de equidad, además de exponer los hechos y las motivaciones, deberán las partes alegar sus

²⁶⁰ CHILLON MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 333.

²⁶¹ *Comentarios a la Ley General para la Defensa...*, cit., pág. 793.

fundamentos jurídicos.

Conciliación: Será también en este trámite donde el Colegio Arbitral pueda intentar la conciliación entre las partes. Al respecto regula el art. 12.4 del Real Decreto *«que, de lograrse, se recogerá en el laudo»*. Es loable la previsión no recogida en precepto alguno de la Ley de Arbitraje, lo que, en ese ámbito, suscitaron dudas al respecto.

Los intentos de conciliación pueden producirse en cualquier momento, tanto dentro del trámite de audiencia, antes o después de las alegaciones, como en cualquiera otra fase.

Lugar: nada establece el Real Decreto sobre el lugar en el que deba efectuarse el trámite de audiencia. El art. 24.1 de la Ley de Arbitraje concede a los árbitros la decisión sobre el lugar en el que deba realizarse cualquier actuación concreta. Sin embargo pugna con la propia naturaleza del Sistema Arbitral de Consumo, como ya hemos mencionado, administrativizado, que éste no tenga lugar en la propia sede de la Junta Arbitral correspondiente, más aún cuando el Secretario de la Junta Arbitral actuará como tal en el Colegio Arbitral, facilitando el soporte administrativo y siendo el responsable de las notificaciones (art. 11.4 del Real Decreto). No obstante nada impide que el Colegio Arbitral decida la práctica de alguna actuación, por ejemplo probatoria, fuera de la sede de la Junta Arbitral, debiendo en ese caso notificarlo a las partes.

Idioma: Tampoco la cuestión aparece regulada en el Real Decreto. Si se acude al art. 24.2 de la Ley de Arbitraje, el idioma será el acordado por las partes, si no hubiese acuerdo corresponde determinarlo al Colegio Arbitral, sin que pueda elegir alguno que no sea oficial en el lugar en que se desarrolla el arbitraje o que sea desconocido para todas las partes.

La representación: El art. 10.2 del Real Decreto establece:

«Las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas. El Colegio Arbitral apreciará en este caso la suficiencia de la representación».

Habrà de resolverse en este punto dos cuestiones: qué se ha de entender por *«debidamente representadas»* y por *«suficiencia de la representación»*.

Establece el art. 21.3 de la Ley de Arbitraje que *«Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio»*, nada regula sin embargo el Real Decreto que avale que el representante pueda ser persona distinta de un abogado. Sin embargo son muchos los autores que opinan que *«no es prudente hacer una interpretación excesivamente literalista del art. 21.3, porque en ese caso, incluso en el arbitraje de consumo, las partes sólo podrían ser representadas mediante abogado»*²⁶².

²⁶² BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *El Sistema Arbitral de Reclamaciones*, cit., págs. 201 y ss.

Esta postura que parece voluntarista carece de todo apoyo legal; difícilmente pueda buscarse una interpretación para el art. 21.3 de la Ley de Arbitraje que no suponga la intervención de abogado como única representación válida, salvo que se pretenda mantener que el legislador añadió la referencia al abogado para evitar pudiese entenderse que no podía intervenir como tal ante los Colegios Arbitrales.

Otros argumentos inciden en que la intervención letrada obstaculiza y encarece el arbitraje, pero si ello a veces puede ser cierto, otras muchas ayudará a abreviarlo y hacerlo más fácil -especialmente si es de derecho- y siempre colaborará a que las partes estén mejor defendidas en sus intereses.

A diferencia de la fase previa, con la Junta Arbitral, ante el Colegio Arbitral se produce el enjuiciamiento de la cuestión debatida y conforme al art. 9 del Real Decreto 2090/1982 de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía:

«Corresponde a la Abogacía de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica».

En cuanto a la apreciación de la suficiencia del poder de representación, ésta depende del Colegio Arbitral, pero ello no puede significar que la misma sea arbitraria. Necesariamente la representación deberá quedar acreditada ante el Colegio Arbitral por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

c) La prueba

Si la regulación del procedimiento arbitral de consumo es escasa, en materia de prueba desde luego resulta mínima.

El Real Decreto ni tan siquiera aclara cuándo han de proponerse, salvo lo relativo a quién deberá costearla, la única regulación se contiene en el art. 13.1, que establece:

«El Colegio Arbitral acordará la práctica de las pruebas pertinentes, citando para ello a las partes, las cuales podrán intervenir por sí mismas o debidamente representadas».

En cuanto a la proposición parece lógico interpretar, pese al silencio de la norma, que será también en el trámite de audiencia cuando las partes deban proponer las pruebas que estimen necesarias y pertinentes para la defensa de sus intereses, aunque el Colegio Arbitral podrá abrir un período preclusivo para su proposición y posteriormente para su práctica.

Aunque el Real Decreto no establece más requisito para la admisibilidad de la prueba que su pertinencia, obviamente sólo podrán ser admisibles las admitidas en derecho. También el Colegio Arbitral deberá tener un amplio margen para apreciar la pertinencia de la prueba, pertinencia entendida en un muy amplio sentido.

Si el Colegio Arbitral no conjugase la pertinencia con la necesidad de la prueba, una proposición abusiva de prueba por una de las partes puede paralizar e impedir la finalización del procedimiento mediante laudo (por ejemplo, la proposición de gran número de testigos).

Es precisamente en materia de prueba donde el auxilio judicial adquiere sentido. El art. 27 de la Ley de Arbitraje prevé: «*Los árbitros podrán solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, en la forma prevenida en el art. 43, para practicar las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos*».

CHILLON MEDINA Y MERINO MERCHAN²⁶³, señalan como características genéricas de la práctica de prueba en el proceso de arbitraje las siguientes: Publicidad probatoria, no de terceros ajenos, sino respecto del Colegio Arbitral y de las partes, de otra forma se vulnerarían los principios de audiencia, contradicción e igualdad; contradicción e intervención probatoria, por ejemplo pudiendo preguntar a los testigos de la otra parte, y apreciación libre de la prueba por el Colegio Arbitral²⁶⁴.

d) Audiencia opcional

Por último, previamente al dictado del laudo y una vez practicadas las pruebas, conforme al art. 13.4 del Real Decreto, los árbitros podrán «*acordar la convocatoria de las partes para oírlas nuevamente*».

En este trámite, las partes podrán ratificar o modificar sus alegaciones, añadir fundamentos y, sobre todo, resumir la prueba practicada, destacando a su juicio los hechos que consideran acreditados.

C. Cuestiones Incidentales

Se han analizado en los apartados precedentes la tramitación que se puede calificar de normal para el enjuiciamiento por parte del Colegio Arbitral de la cuestión debatida. No obstante, a lo largo de ese procedimiento pueden producirse algunos incidentes.

El Real Decreto prácticamente no realiza mención alguna respecto de esa posibilidad, excepto en lo que se refiere a la abstención y recusación de los árbitros. Veamos esas y otras posibles cuestiones que se planteen.

²⁶³ *Tratado de Arbitraje...*, cit., pág. 337.

²⁶⁴ CHILLON MEDINA y MERINO MERCHAN, *Tratado de Arbitraje*, cit., pág. 337, entienden que «*en el proceso de arbitraje de equidad, más que en cualquier otro proceso del Estado, el principio de la libre apreciación de la prueba se manifiesta de manera rotunda. El árbitro no puede permanecer en un marco tasado en la valoración de la prueba, puesto que al decidir no sobre Derecho, sino sobre equidad, no se encuentra vinculado a norma alguna; pero también en el arbitraje de Derecho el árbitro goza como el Juez del Estado del principio de la libre apreciación de la prueba*».

a) Abstención y recusación de los árbitros

Conforme al art. 11.6 del Real Decreto: «*La abstención y recusación de los árbitros se regirán por lo dispuesto en la vigente Ley de Arbitraje*».

Los arts. 17 y 18 de la Ley de Arbitraje son los que regulan la recusación y abstención. Así las causas son las mismas que rigen para los jueces²⁶⁵.

Estas causas de recusación o abstención pueden ser anteriores o sobrevenidas, ambas son válidas al no haber sido nombrados los componentes del Colegio Arbitral directamente por las partes. Consecuencia de la recusación puede ser: bien que el árbitro se separe por aceptar la recusación -o previamente si decide abstenerse- en cuyo caso se sustituirá por un nuevo árbitro, designándose el sustituto en la misma forma que lo fue el sustituido; bien que el árbitro no la acepte, lo que significará que continuará ejerciendo como tal, pudiendo el interesado, en su caso, alegar la recusación en el recurso de nulidad contra el laudo.

El art. 11.1 a) del Real Decreto contempla, en su párrafo segundo, una excepción en el nombramiento del Presidente del Colegio Arbitral, sin duda tratando de evitar posibles recusaciones.

Aunque la norma general es que el Presidente del Colegio Arbitral será designado por la Junta Arbitral «*entre personal al servicio de las Administraciones Públicas*», en el caso de dirigirse la reclamación contra una entidad pública vinculada al órgano administrativo de que dependa la Junta Arbitral, las partes, de común acuerdo, podrán elegir como Presidente del Colegio arbitral a una «*persona ajena a la Administración Pública*». Si el acuerdo no se produjese, nada impide al reclamante plantear la recusación de existir causa para ello, más aún cuando el desacuerdo haya podido venir propiciado precisamente por la entidad pública reclamada.

Sin embargo nada establece tampoco la Ley de Arbitraje respecto de forma y momento procesal de plantear la recusación.

²⁶⁵ El art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «Son causas de abstención y, en su caso, de recusación: 1.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior -las partes-. 2.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa. 3.º Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas. 4.º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta. 5.º Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo. 6.º Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes. 7.º Tener pleito pendiente con alguna de éstas. 8.º Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior. 9.º Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa. 10.º Haber actuado como instructor en la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia. 11.º Ser alguna de las partes subordinada del Juez que deba resolver la contienda litigiosa».

Para MONTERO AROCA²⁶⁶, la insuficiencia de la regulación de la Ley de Arbitraje en esta materia, debe llevarnos a concluir que, a falta de regulación por las propias partes:

«1) La recusación debe proponerse tan pronto como la parte tenga conocimiento de la causa de la misma; si ésta ya existía antes de la aceptación del encargo por el árbitro debe proponerse en la primera actuación, y si sobrevino después o se conoció con posterioridad se formulará en un plazo razonable. Si no ocurriera así, el árbitro no debe aceptar la recusación y el recurso de anulación por este motivo no sería estimable. 2) Tiene que existir un momento procedimental a partir del cual ya no se admita recusación alguna, sea cual fuere la causa [...] después de la última alegación de las partes y cuando se está ya en el plazo para dictar el laudo no debería admitirse la recusación».

Estas normas mínimas que expone Montero Aroca, tampoco pueden tener carácter general y deberán ser valoradas en atención a las circunstancias que concurran en cada caso.

b) Otras cuestiones incidentales

Aunque sin regulación en el Real Decreto, el art. 23 de la Ley de Arbitraje contempla otras cuestiones que suponen incidentes en el normal desenvolvimiento del procedimiento.

Así menciona la falta de competencia objetiva de los árbitros o vicios del convenio arbitral (inexistencia, nulidad o caducidad). Junto a las expresamente mencionadas en el art. 23, pueden darse otras, inicialmente no previstas por el legislador; todas ellas deberán formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones (art. 23.1 de la Ley de Arbitraje) y deben ser resueltas por el Colegio Arbitral que, de estimarlas, finalizará el procedimiento declarando abierta y expedita la vía jurisdiccional. Para CHILLON MEDINA y MERINO MERCHAN²⁶⁷, la falta de competencia objetiva de los árbitros puede fundarse en las siguientes causas:

«1ª. Inexistencia de acuerdo arbitral -una de las formas de sometimiento al sistema arbitral de consumo, distinta de la oferta pública o de la aceptación frente a la reclamación es precisamente la existencia de un convenio previo-. 2ª. Nulidad del compromiso o acuerdo arbitral. 3ª. Caducidad de ese compromiso o acuerdo arbitral. 4ª. Prescripción de las acciones en que se fundamenten las pretensiones de alguna o ambas partes del proceso arbitral. 5ª. Conciliación con avenencia. 6ª Transacción de las partes sobre el conflicto. 7ª. Sentencia judicial firme sobre el conflicto que se somete al juicio del árbitro. 8ª. La litispendencia en otro Juzgado o Tribunal del Estado o árbitro. 9ª. Revocación previa y bilateral del árbitro o árbitros. 10ª. Falta de idoneidad profesional o moral del árbitro sobrevenida. 11ª. La extinción de la relación o

²⁶⁶ *Comentario Breve*, cit., págs. 106 y ss.

²⁶⁷ *Tratado de Arbitraje.*, cit., pág. 327.

del convenio contractual en donde estaba inserta la cláusula compromisoria o el pacto arbitral».

Pero junto a estas causas pueden producirse otros incidentes, como serían la modificación de circunstancias subjetivas, tanto respecto al Colegio Arbitral, por ejemplo fallecimiento o incapacidad sobrevenida de alguno de los árbitros (el art. 28 de la Ley de Arbitraje prevé el supuesto de incorporación de un nuevo árbitro respecto de las pruebas ya practicadas, que se volverán a practicar salvo que el árbitro se considere bien informado por la lectura de las actuaciones), como de las partes, sustitución procesal, convencional o por causa de muerte.

3. La terminación del procedimiento

El procedimiento concluye normalmente con el dictado de un laudo que, conforme al art. 14 del Real Decreto, deberá producirse en un plazo máximo de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral, aunque puede ser prorrogado dicho plazo por acuerdo expreso de las partes, notificado al Colegio Arbitral antes de su expiración.

Pueden darse otras formas de terminación del procedimiento distintas o atípicas. Algunas ya se han analizado en el apartado anterior, dedicado a las cuestiones incidentales que pueden llegar a producir la terminación del procedimiento, junto a ellas merecen ser estudiadas figuras como el desistimiento, el allanamiento, la conciliación o la transacción.

Las dos primeras suponen una manifestación expresa de voluntad del reclamante, desistimiento, o del reclamado, allanamiento, encaminada a poner fin al procedimiento.

El desistimiento, puede ser del procedimiento o incluso suponer la renuncia del derecho; sin embargo, entendemos puede carecer de eficacia, se trate de uno u otro, salvo que la parte reclamada expresamente los acepte.

Con ese objeto debe entenderse que el Colegio Arbitral, también en cumplimiento de los principios informadores de audiencia y publicidad, deberá dar traslado al reclamado a fin de que por éste se manifieste lo que a su derecho convenga y, si así lo estima conveniente a sus intereses, se acuerde la finalización del procedimiento, continuando en el supuesto de que el reclamado no admita su terminación.

Cuestión distinta es la del allanamiento -que no debe confundirse en ningún caso con una posición rebelde e inactiva del reclamado-. Si el reclamado expresamente se conforma con la pretensión contra él deducida, sin formular alegación alguna ni reconvención, el Colegio Arbitral podrá concluir sin más el procedimiento pero, en este caso, también será mediante la emisión de un laudo.

Finalmente, como antes se decía, cabe la posibilidad de una conciliación exitosa por parte del Colegio Arbitral, que conforme al art. 12.4 del Real Decreto «*de lograrse se recogerá en el laudo*», o un acuerdo transaccional entre las partes, sin que exista inconveniente para que igualmente se recoja por el Colegio Arbitral en el propio laudo.

III. LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

1. La reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje

El Legislador de 1988 había afrontado el reto de introducir un concepto del arbitraje superador de la encorsetada regulación que le había proporcionado la última Ley, fechada en 1953 y realizada desde una perspectiva procesalista, reticente a la institución arbitral. Estas reservas eran justificables en un sistema legislativo que, hasta entonces, había denigrado el arbitraje, tachándolo de un vehículo privado y elitista de sustracción de la potestad jurisdiccional, sin que el legislador de 1953 hubiera reconocido la institución arbitral como una alternativa legítima de los ciudadanos para dirimir y solventar sus diferencias civiles y mercantiles.

En el arbitraje interno, la Ley de Arbitraje no había servido para aliviar la saturación de los tribunales ordinarios de Justicia. En el arbitraje internacional, la escasa calidad técnica de los Títulos IX y X de la Ley de Arbitraje de 1988 venía siendo eficazmente superada por su ignorancia por los Tribunales y su correcta suplantación por el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961 (Convenio de Ginebra), y por el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York), lo que venía haciendo precisa la necesidad de corregir y actualizar la Ley.

Algún sector doctrinal²⁶⁸ así lo venía manteniendo, por ejemplo con la disposición del art. 4 de la Ley de 1988 que disponía que, en ausencia de acuerdo expreso de las partes, los árbitros debían resolver imperativamente en equidad proponiendo una solución contraria a las regulaciones existentes en esta materia en derecho comparado²⁶⁹ y en los reglamentos de las principales

²⁶⁸ STAMPA CASAS, G. «Propuestas para la reforma de la Ley de Arbitraje» *La Ley* 21 mayo 2003.

²⁶⁹ Art. 33.2 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL; art. 28.3 de la Ley Modelo; art. VII.2 del Convenio de Ginebra; art. 42.3 del Tratado de Washington de 1965; art. 1.497 del Nuevo Código Procesal Civil Francés; art. 1.504 del Código Holandés de Derecho Procesal Civil; art. 187.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987; art. 1.700.1 del Código Judicial Belga, según reforma de 1998, y art. 1.051.3 del Código Procesal Civil Alemán, según reforma del procedimiento arbitral de 22 de diciembre de 1997 (Ley Alemana de Arbitraje de 1998).

instituciones arbitrales²⁷⁰.

Ambos solo autorizan decisiones arbitrales en equidad previo acuerdo expreso de las partes en tal sentido, o la delimitación de la confidencialidad del arbitraje, que había sido objeto de revisión por la doctrina arbitral como consecuencia de la controversia judicial provocada por la Sentencia del Tribunal Supremo de Australia de 7 de abril de 1995, dictada en el asunto *Esso Australia Resources/BHP v. Plowman*²⁷¹.

Al igual que con la exigencia a las partes litigantes de asumir como obligación el cumplimiento del laudo ya desfasada tras la expresa catalogación de laudo como título ejecutivo, según está contenida en el art. 517.2.2.º de la LEC y la fijación por el art. 518 de la misma Ley ritaria civil de un plazo preclusivo de cinco años para el ejercicio de la acción ejecutiva correspondiente.

También algunas ausencias relevantes como la relativa a la validez del convenio arbitral regulado en el art. 7 referido a la validez de los arbitrajes sucesorios, siempre que el testador así lo haya dispuesto expresamente y las disputas que se diluciden sean relativas a la distribución o administración de la herencia; o la progresiva aceptación del arbitraje societario en nuestro ordenamiento jurídico, o las carencias del Título III sobre los honorarios, la provisión de fondos de los árbitros y a la detallada regulación de su recusación y/o sustitución; o la exigencia de que los árbitros hayan de ser necesariamente abogados en ejercicio, sin justificación y contraviniendo el artículo III del Convenio de Ginebra.

O, la regulación del procedimiento arbitral en el Título IV de la Ley de Arbitraje que no contiene regulación de los arbitrajes multiparte o de la acumulación de arbitrajes en un solo procedimiento, de oficio o a instancia de una de las partes; o la inutilidad de la fijación imperativa del plazo para dictar el laudo que la práctica forense, pues no siempre resulta fácil encontrar acomodo para celebrar un arbitraje con garantías en tan breve espacio de tiempo pues esta restricción formalista impedía la solicitud por las partes de complejas pruebas cuya sola práctica puede agotar, *per se*, este plazo; o la protocolización notarial del laudo, que había perdido sentido al haber sido este regulado como título ejecutivo en el art. 517.2.2º de la LEC; o la ausencia de regulación las medidas cautelares previas o coetáneas al arbitraje, también legítimas y permitidas por

²⁷⁰ Art. 13.4 del Reglamento de Arbitraje Cámara de Comercio Internacional de 1988; art. 17.3 del Reglamento de Arbitraje Cámara de Comercio Internacional de 1998; art. 28.3 del Reglamento de Arbitraje de la American Arbitration Association; art. 22.4 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, y art. 24.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 1999.

²⁷¹ Los contratos suscritos entre ambas partes contenían cláusulas de revisión de precios y prevenían el arbitraje como mecanismo para solventar sus diferencias. Iniciados los arbitrajes entre ambas partes, el Ministerio Australiano de Energía y Minerales tuvo conocimiento de los mismos y, basándose en la excepción de interés general o público, justificada por la repercusión que dichas decisiones podrían tener en el eventual incremento del precio del gas natural suministrado a los consumidores finales, obtuvo de los Tribunales australianos una autorización para solicitar la publicación de todos los datos económicos de aquellos contratos y de las diferencias que se estaban discutiendo en vía arbitral.

el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra y desde el año 2000 consagrada por el art. 724 y concordantes de la LEC.

En el recurso de anulación del laudo se destacaba ausencia de jueces especializados en arbitraje, lo que unido a la sobrecarga de trabajo de las Audiencias Provinciales²⁷², dilataba en exceso la tramitación de este tipo de recursos y, por ende, retrasaba innecesariamente la ejecución de los laudos.

Así, se inicia el movimiento doctrinal para la reforma, de la ley de Arbitraje de 1988 con el objetivo de convertir la institución arbitral en una alternativa seria, eficaz y segura a los tribunales ordinarios de justicia, accesible a todos los usuarios, en que se reconozca a las partes una amplia libertad a la hora de fijar los elementos esenciales del procedimiento arbitral, iniciándose su estudio en el Ministerio de Justicia por una Comisión de Codificación restringida de destacados juristas con el encargo de redactar un texto legislativo que articulase todas las modificaciones técnicas precisas para consolidar la institución arbitral en nuestro ordenamiento jurídico como una alternativa eficaz a la jurisdicción ordinaria.

2. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

Con la nueva Ley de Arbitraje, como se ha anticipado se pretende establecer un nuevo marco para el arbitraje interno e internacional, tomando como referencia la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985 y su Reglamento de 1976; estableciéndose como arbitraje común y supletorio de los llamados arbitrajes especiales²⁷³ (consumo, transportes, seguros, propiedad intelectual e industrial, telemático, etc.), a los que complementará en los casos de silencio u omisión normativa.

UNCITRAL aprobó la Ley Modelo en su Informe sobre los trabajos de su decimoctava sesión, celebrada en Viena entre los días 3 a 21 de junio de 1985²⁷⁴.

²⁷² El hecho de que el recurso de anulación fuese decidido por las Audiencias Provinciales del lugar en que se hubiera dictado el laudo ha generado un amplio abanico de jurisprudencia menor, dispersa y heterogénea, que no siempre se publica y que carece de un órgano jurisdiccional encargado de su unificación doctrinal.

²⁷³ La Ley de Arbitraje nace con vocación de ser una Ley general aplicable a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial, pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que la tengan, por ello el principio de especialidad es de aplicación prioritaria, S.AP Castellón 39/2007, de 24 de septiembre.

²⁷⁴ Menos de un año después de su aprobación, la Ley Modelo fue adoptada por la Columbia Británica (Provincia de Canadá); aprobación premonitoria de su futuro éxito. En el caso de Hong Kong, la adopción de la Ley Modelo incrementó el número de arbitrajes internacionales con sede en la antigua colonia británica en dos años: de 54 a 185. A junio de 2000, treinta y

Aparte de ser un buen producto teórico, constituye en la práctica forense en un excelente instrumento para la unificación y armonización de las legislaciones sobre arbitraje internacional.

En gran medida, la Ley Modelo se concibió como un complemento al Convenio de Nueva York, que potenciase y promocionase el uso del arbitraje como mecanismo universal y unificado de resolución de controversias derivadas del comercio nacional e internacional. Luego, junto con el Convenio de Nueva York, la Ley Modelo puede calificarse como uno de los pilares más importantes del arbitraje comercial.

La Ley Modelo ofrece un texto moderno, de correcta factura técnica, que establece de forma clara, sencilla y completa los aspectos fundamentales de arbitraje; que provee una solución adecuada de sus principales problemas; que tiene un carácter universal, de sencilla aplicación para los operadores jurídicos (abogados y jueces); que recoge los principios generales del arbitraje internacional, uniformemente reconocidos; y que sistematiza en CLOUT²⁷⁵ las principales decisiones en materia arbitral, interpretables tanto por los borradores de trabajo de la Ley Modelo, como por una extensa doctrina internacional.

La adopción de la Ley Modelo se constituyó así en una opción legislativa particularmente atractiva para aquellos ordenamientos jurídicos que, como el español, tienen una jurisprudencia arbitral dispersa, heterogénea, incipiente y menor y que desean formar parte del competitivo mercado del arbitraje comercial, pues la misma es universal en su origen, en su diseño y en su aceptación²⁷⁶.

cuatro Estados habían adoptado la Ley Modelo como norma reguladora del arbitraje comercial internacional. En muchos de los casos, estos Estados no se han desviado de lo establecido en la Ley Modelo, sino que han añadido preceptos sobre aspectos no regulados (arbitraje multipartes, conciliación) o han desarrollado otros necesarios para la coordinación legislativa interna de cada ordenamiento jurídico.

²⁷⁵ Tras la decisión en su vigesimoprimer período de sesiones (A/43/17, §§98 a 109), la Secretaría estableció un sistema para la recopilación de decisiones judiciales y laudos arbitrales relativos a las convenciones y leyes modelo emanadas de la Comisión y la difusión de la información jurisprudencial así obtenida. El sistema se conoce por el acrónimo inglés de *Case Law On UNCITRAL Texts*, «Clout». La finalidad del sistema Clout es dar a conocer, en los medios internacionales, los textos jurídicos en cuya preparación o aprobación haya intervenido la Comisión, abrir un cauce por el que los jueces, árbitros, abogados, partes en operaciones mercantiles y demás personas interesadas puedan tener fácil acceso a las decisiones judiciales y arbitrales relativas a esos textos al ir a resolver asuntos que sean de su competencia y promover cierta uniformidad en la interpretación y aplicación de esos textos.

²⁷⁶ La universalidad de su origen y de su diseño es debida a la participación en su redacción tanto de representantes de más de 50 Estados, provenientes de todos los sistemas económicos y jurídicos, como de diversas organizaciones internacionales, especializadas en la materia arbitral. La universalidad de su aceptación reside en su adopción tanto por ordenamientos jurídicos de *Common Law* (Hong Kong, Nigeria, Nueva Zelanda, Canadá), como por países de Derecho Civil (Alemania, Méjico, Egipto, Túnez, Hungría) y de Derecho Islámico (Irán).

Con dicha referencia, el 26 de diciembre de 2003 se publicó la nueva Ley de Arbitraje, la cual por virtud de su Disposición Final Tercera entró en vigor el 26 de marzo de 2004.

En realidad, la vigencia de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje, derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 60/2003, puede decirse que ha sido algo efímera en su vigencia, pues si no en vano habían transcurrido quince años desde su promulgación, para una ley que nació con cierta vocación de permanencia, no deja de sorprender en cierto modo la aparición de otra regulación, pues habrá de recordar que la Ley de 1988 nació para sustituir la denominada Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953.

De ello habrá de deducir que no se trata de una verdadera exigencia de cubrir grandes lagunas legales ni defectos de procedimiento, o cualesquiera razones que generalmente motivan la aparición de una nueva norma (con lo que ello conlleva), sino que se trata realmente de adaptar una normativa ya existente y de calidad a las exigencias del actual comercio internacional y los cauces que para ello ofrece el arbitraje, introduciendo algunas novedades²⁷⁷ que se habían venido considerando necesarias por la doctrina como:

a) El carácter unificador y supletorio del arbitraje común respecto a los arbitrajes especiales al considerarse el contenido de la Ley de Arbitraje como norma de derecho común aplicable a los diversos tipos de arbitraje que no tengan una específica regulación, considerando a los arbitrajes especiales como una simple modalidad del arbitraje general u ordinario.

Este último tendrá siempre carácter supletorio respecto de cualquier tipo o modalidad de arbitraje especial, lo que se hacía necesario dada la proliferación de arbitrajes especiales incorporados por la legislación sectorial en los últimos años como el de seguros, transportes, propiedad intelectual, deportes, arrendamientos, marcas, consumo etc.

El arbitraje de derecho común, mínimamente vertebrado por sus elementos esenciales -voluntariedad de origen²⁷⁸, jurisdicción efectiva, producto final equivalente a una sentencia judicial- constituye el núcleo irreductible que permanece sin perjuicio de los arbitrajes especiales y siempre que la

²⁷⁷ CHILLON MEDINA, J. M. y MERINO MERCHAN. J. F. «Valoración de la nueva Ley de Arbitraje», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, N.º 99, Enero 2004, pág. 55, Editorial Centro de Estudios Registrales.

²⁷⁸ Cfr. arts. 15.2 y 20 del Reglamento de Arbitraje de 1998 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; los arts. 14.1; 14.2; 20; 21 y 22.1 del Reglamento de Arbitraje de 1998 de la LCIA; los arts. 16; 19; 20.2 a 4, y 22 del Reglamento de Arbitraje de la AAA; arts. 15, 24 y 25 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL; arts. 19 y 24 de la Ley Modelo; arts. 33 a 37 del Tratado de Washington de 1965; art. 1.494 del Nuevo Código Procesal Civil Francés; arts. 33 a 38 de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996; art. 1.504 del Código Holandés de Derecho Procesal Civil; art. 187.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987; art. 1.700.1 del Código Judicial Belga, según reforma de 1998, y arts. 1.047 a 1.050 del Código Procesal Civil Alemán, según reforma del procedimiento arbitral de 22 de diciembre de 1997 (Ley Alemana de Arbitraje de 1998), y arts. 24 a 26 de la Ley Sueca de 1999.

pretendida especialidad no suplante o altere aquellos elementos que son fundamentales en todo arbitraje.

Y, por primera vez en nuestro ordenamiento se define el arbitraje internacional con ayuda de los criterios que estuvieron contenidos en el modelo de la Ley de UNCITRAL. Para nuestro ordenamiento será internacional el arbitraje si concurren alguna de las tres causas consignadas en la Ley: el domicilio de las partes en estados diferentes, el lugar del arbitraje, o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o, como cláusula de cierre, el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha y esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios, e incorpora el criterio o elemento material de que se considere arbitraje internacional cuando «la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional»²⁷⁹.

Así como el reconocimiento (*exequatur*) y ejecución de los laudos extranjeros, que ya el Auto del Tribunal Supremo de febrero de 1981²⁸⁰ marcó el inicio de una nueva era en el reconocimiento de laudos dictados allende nuestras fronteras²⁸¹.

b) Las materias susceptibles de arbitraje, y en línea con la Ley Modelo, los tratados internacionales y las legislaciones internas del Reino Unido, Holanda y Estados Unidos, la nueva Ley se afilia a la tendencia de máxima amplitud o liberalidad en cuanto a la disponibilidad objetiva de las materias susceptibles de arbitraje.

El criterio queda condensado en la fórmula: arbitrabilidad igual a disponibilidad conforme a derecho. Sólo son arbitrables aquellas materias que están en disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje.

Pero no evita la carga suplementaria de tener que proceder a una interpretación fiel al principio de la equivalencia entre disponibilidad y arbitrabilidad.

²⁷⁹ El criterio, apoyado por la Cámara de Comercio Internacional fue incorporado en la Convención Europea de Arbitraje de 1961 y en la Ley francesa que operó la reforma del Código de Procedimiento Civil (art. 1.492) y en la que se ha inspirado sin duda nuestro legislador introduciendo finalmente una fórmula con escasa variación «*est internacional l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*».

²⁸⁰ Autos Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1998, 18 de abril de 2000, 20 de junio de 2000 o 13 de noviembre de 2001.

²⁸¹ Otras legislaciones como la francesa (art. 1.492 y 1.504 CPC), la Ley Federal suiza (art. 176) o la legislación británica o belga, amén de algunas en América Latina como, entre ellas, la Ley de Panamá, venían reconociendo el hecho de que se desarrollen arbitrajes internacionales, con laudos no nacionales, dentro del territorio nacional y bajo el amparo de la Convención de Nueva York.

c) El criterio antiformalismo²⁸² del procedimiento, presidido por la necesidad de mantener en todo momento la igualdad entre las partes, la validez de la llamada «*cláusula arbitral por referencia*», es decir, la que no consta en el documento contractual principal sino en un documento separado o, la novedad de computar los plazos por días naturales²⁸³.

O, la reducción de la función del Juez del Estado al simple nombramiento del árbitro; pero sin que pueda ni deba controlar la validez del convenio arbitral o la arbitrabilidad de la controversia o, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, aceptada de forma natural por los tratados internacionales y reconocida por la doctrina científica, que ya venía siendo asumido por la Ley Modelo de la UNCITRAL, y ha otorgado a los árbitros poder para decidir sobre su propia competencia, al efecto de eliminar las posibles dilaciones que pudiera plantearle alguna de las partes, con el fin de frustrar o producir una crisis en el desarrollo del arbitraje.

d) La mínima intervención de los tribunales judiciales, que se contrae al apoyo y control de algunas decisiones en sede arbitral, como la posibilidad de medidas cautelares que en todo caso necesitará la intervención y el apoyo de la autoridad judicial para llevarla a su debido efecto o, la inversión de la regla contenida en la Ley 36/1988, en el sentido de que el arbitraje se consideraba de equidad si no se pactaba expresamente lo contrario, dándose ahora preferencia al arbitraje de derecho en que las partes pueden decidir cuáles son las normas jurídicas aplicables cuando el arbitraje sea internacional, aproximándolo a una verdadera y auténtica jurisdicción en que el árbitro actúa como juez²⁸⁴.

²⁸² Enmienda núm. 59 introducida por el Grupo Parlamentario Popular en la Comisión del Congreso a la *letra a)* del *art. 5* en el sentido de incorporar un inciso en el que se dice que «*será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de comunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío o la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión o recepción y que hayan sido designados por el interesado*».

²⁸³ Existe una constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de algunas de las Audiencias Provinciales, que dispone la improcedencia de descontar los días inhábiles en dicho cómputo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de septiembre de 1991 y SSTs de 19 de febrero de 1965; 19 de octubre de 1968; 27 de septiembre de 1971; 21 de enero de 1975; 1 de junio de 1976; 21 de febrero de 1977; 9 de octubre de 1978; 20 de mayo de 1982 y 2 de febrero de 1983).

²⁸⁴ Se recoge la doctrina jurisprudencial desde que el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 23 de mayo de 1985 que declara la procedencia de la petición de medidas provisionales para un arbitraje ante una autoridad judicial, se fueron dictando en el mismo sentido, entre otras muchas, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Gijón, de 15 de abril de 1986; la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, de 25 de noviembre de 1986; la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid, de 3 de febrero de 1987; la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Avilés, de 12 de marzo de 1987; el Auto de la Audiencia Territorial de Burgos, de 8 de septiembre de 1987; la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 13 de abril de 1988; el Auto del Juzgado de Primera Instancia del Puerto de Santamaría (Cádiz), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1991, o el Auto de 28 de junio de 1999, del Juzgado de Primera Instancia número 69 de Madrid.

O, la responsabilidad del árbitro, en que la Ley 36/1988, establecía una responsabilidad frente a las partes por los daños y perjuicios que su conducta causare por dolo o culpa, orientación que se rompió en la Comisión de Justicia del Senado en la que se trastocó la responsabilidad por culpa en un tipo de responsabilidad específica por daños causados a las partes, cuando el árbitro haya actuado de *mala fe, temeridad o dolo*, restringiendo el ámbito de la responsabilidad directa de los árbitros.

f) La posibilidad de dictar el laudo no solo por escrito sino también en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo siempre que quede constancia de su contenido, adaptándose la Ley a la sociedad de la información en la faceta de la llamada economía digital y comercio electrónico, de conformidad con la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de julio de 2000, y con el arbitraje previsto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, creando el arbitraje *on line*, materia especialmente sensible en relación al denominado orden público de protección entre el que cabe incluir las relaciones de consumo que tienen una especial proyección en materia de contratación electrónica.

g) La novedad en el plazo de seis meses para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se compute²⁸⁵ *desde la presentación de la contestación (de la demanda arbitral) o desde la expiración del plazo para presentarla*, con lo que se trataba de evitar que exista una libertad absoluta de los árbitros para determinar el plazo para dictar el laudo o, la supresión del carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo es algo que había sido solicitado hasta la saciedad por algunos sectores doctrinales, por lo que el laudo es válido y eficaz desde que es dictado por el árbitro.

h) En definitiva se otorga a la institución el efecto de «*equivalencia jurisdiccional*», según se proclamó con todo detalle, entre otras, en las SSTC 43/1988 y 62/1991, que liberaron al arbitraje de ser confundido con «*apariencias arbitrales*» más o menos camufladas y con «*pseudos arbitrajes*», al faltarles a estos últimos la triple condición: a) sometimiento libre y voluntario al convenio arbitral; b) que el objeto de la controversia sea arbitrable; y c) que el arbitraje se tramite procedimentalmente bajo el manto de las garantías de la igualdad de partes, audiencia, contradicción, prueba y laudo motivado. Es el cumplimiento de estas condiciones lo que determina, a juicio del Tribunal Constitucional, el nacimiento del efecto de «*equivalencia jurisdiccional*» y, por tanto, su compatibilidad constitucional con el art. 24.1 CE como *sustitutivo de la actividad jurisdiccional del Estado*²⁸⁶.

²⁸⁵ Enmienda núm. 60 del Grupo Parlamentario Popular por la que se solicitaba introducir un inciso al primer párrafo del art. 37.2 en el siguiente sentido: «*salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada*».

²⁸⁶ (SSTS de 20 de mayo de 1982-JF/0000), 9 de febrero de 1984 y 6 de octubre de 1987, entre otras muchas)

i) Sin embargo, la Ley de Arbitraje ha guardado silencio respecto de la prejudicialidad penal en sede arbitral, pues de la misma forma que la *Ley 1/2000*, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, reguló la prejudicialidad penal (art. 40 LEC), estableciéndose unas reglas de actuación procesal, el marco arbitral debería haber afrontado este importante problema práctico, que no ha tenido una solución uniforme por la jurisprudencia.

Si bien la tendencia última es la de considerar que la *mera interposición de una acción penal no suspende el arbitraje*, ni siquiera el hecho de haberse admitido una querrela criminal *libera al árbitro de emitir el laudo dentro del término preclusivo que queda simplemente interrumpido* (STS de 2 de julio de 1984, por todas las posteriores).

La regla más conforme al principio *perpetuatio arbitralis* es la de que sólo queda interrumpido el arbitraje en caso de que la querrela o acción penal sea admitida y se dicte auto de procesamiento, cuando los hechos sobre los que ésta se apoye incidan directamente, y sin posibilidad de separación, en el relato fáctico sobre el que se apoyen las partes en sede arbitral.

j) De nuevo han quedado *excluidos de este marco común y general los arbitrajes laborales* (art. 1.4 LA), *cuando se han sentado de forma definitiva los criterios generales uniformadores de toda la institución arbitral*, cualquiera que sea la materia sobre la que recaiga, sin perjuicio de reconocer las especialidades que procediesen, para las que siempre actuará con carácter supletorio el arbitraje ordinario.

Tampoco la Ley de Arbitraje contiene ninguna referencia ni de inclusión ni de exclusión al arbitraje de derecho administrativo, al que con loable espíritu e innovación se refirieron los arts. 87 y 107 de la *Ley 30/1992*, de 26 de noviembre, modificada por la *Ley 4/1999*, de 13 de enero, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*²⁸⁷.

La importancia de haberse establecido por el legislador unos criterios de actuación para la utilización del arbitraje en el ámbito del derecho público administrativo, toma especial relevancia al observarse como los preceptos de la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (por ejemplo, su art. 61.2), siguen careciendo de viabilidad práctica, al no contarse con un parámetro de referencia arbitral, que sirva de cobertura efectiva para dar vida al equivalente jurisdiccional en este ámbito, en el que se discuten esencialmente intereses patrimoniales y no potestades públicas. Especial consideración dentro de este apartado ha de darse a las facultades arbitrales que la legislación de liberalización de los diversos servicios públicos, como consecuencia de la transposición del derecho comunitario, otorga, como elemento esencial de los nuevos sistemas de regulación para la competencia que han sustituido al esquema de los monopolios y de los servicios públicos formales, a los organismos reguladores en los diversos sectores.

²⁸⁷ Las SSTC 62/1991 y 174/1995, conciben esta institución como un auténtico *sustituto del recurso administrativo*.

Por tanto, los arbitrajes que se desarrollan conforme a la legislación sectorial específica, han de respetar el tronco común de la Ley de Arbitraje, del que vienen a constituir arbitrajes especiales.

Por su carácter de ley general y común la Ley no menciona esta interesante facultad de los organismos de regulación, aunque remite, reproduciendo prácticamente la fórmula de la *Ley de 1988*, al arbitraje institucionalizado realizado por las Corporaciones de derecho público (*art. 14.1 a) y 2)*, «*que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras*».

k) Finalmente se echa en falta el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial respecto a la Ley Orgánica Complementaria del Arbitraje y del potestativo Dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley de Arbitraje, pues la Constitución ha otorgado al Consejo del Poder Judicial un papel muy relevante como Poder del Estado, destinado a ser el Órgano de Gobierno de los jueces y magistrados (*art. 122 CE*), por tanto, entre las competencias de ese Órgano está la de *informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado* que afecten total o parcialmente a las siguientes materias: « [...] e) *normas procesales*».

Se dirá que la Ley de Arbitraje no es estrictamente procesal, pero nadie podrá negar que el arbitraje tiene una fuerte incidencia en los asuntos procesales en la medida que es una *actividad sustitutiva del juez del Estado*; y que necesita el apoyo y la intervención de ese último para, entre otras cuestiones, designar al árbitro, adoptar medidas cautelares, práctica de determinadas pruebas, ejecución del laudo, y, en fin, para la acción de anulación del laudo. Ciertamente existió Informe del Consejo del Poder Judicial estrictamente respecto al Anteproyecto de Ley de Arbitraje, lo que dio a los parlamentarios la posibilidad de disponer de un documento de trabajo de gran interés, ya que el Gobierno lo remitió a las Cortes Generales junto con el resto del expediente del Proyecto de Ley.

Ahora bien, tanto en el «*iter*» legislativo en el Congreso como en el Senado (hasta el Dictamen de la Comisión de Justicia de la Cámara Alta), el Proyecto de Ley de Arbitraje ha ido acompañado por una Ley Orgánica complementaria, por la que se modificaba la propia *LOPJ* y algunos artículos del *Código Penal*, y, sin embargo, esa norma complementaria *no fue informada por el Consejo del Poder Judicial*, como exige el *art. 108.1 e) y f) LOPJ*, lo cual constituye un defecto grave, aunque no se trate de un vicio invalidante del procedimiento legislativo.

Asimismo, tampoco fue remitido el Proyecto de Ley de Arbitraje al *Consejo de Estado*, para que emitiera su potestativo Dictamen, teniendo en cuenta que el *art. 21.7* de su Ley Orgánica 3/1980 establece que el Consejo de Estado en Pleno «*deberá ser consultado en las transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos*».

Es lo cierto que se ha venido afirmando que la eficacia de un procedimiento arbitral depende en gran medida del conocimiento y experiencia de los árbitros.

Y esto es cierto. Pero el arbitraje también depende del apoyo que le presten los órganos jurisdiccionales. En efecto, tanto antes de la iniciación del arbitraje como durante su tramitación, así como con posterioridad a la emisión del laudo, puede ser necesaria la intervención de los jueces. Y sólo una intervención que muestre un apoyo decidido por la institución arbitral puede permitir que el arbitraje sea en verdad eficaz²⁸⁸.

3. La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje

Esta doctrina jurisprudencial sobre el apoyo y control judicial del arbitraje supone que los jueces españoles han optado por la línea de modernidad siguiendo la doctrina del arbitraje internacional en decidido y firme apoyo al arbitraje como lo demuestra la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, encaminado a otorgar el máximo apoyo a los procedimientos arbitrales. Por ello, siguiendo la línea de actuación legislativa dirigida a impulsar la modernización de la Justicia en el BOE de 21 de mayo de 2011, se aprobaban algunas reformas con la publicación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado, huérfano de regulación en la Ley de Arbitraje de 2003, e igualmente se publica la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

Reforma que afecta principalmente a las funciones judiciales en relación con el arbitraje, al arbitraje estatutario en las sociedades de capital, las instituciones arbitrales, los árbitros, la sustanciación del procedimiento arbitral, el idioma del arbitraje y el laudo, regulando igualmente el procedimiento de carácter ordinario e institucional orientado a resolver conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales, modificando la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de permitir la solicitud de medidas cautelares a quien acredite ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales y reforma la Ley Concursal de manera que se mantiene la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia a la declaración del concurso, del modo que sigue:

²⁸⁸ SILVA ROMERO, E., Breves observaciones sobre la modernización del Arbitraje Internacional. «A propósito de la nueva Ley Española de Arbitraje», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 9, Madrid, septiembre-diciembre 2004, p. 21. «El sistema arbitral español dependerá de los criterios de interpretación que los jueces españoles utilicen para aplicarlo. Nuestra esperanza consiste en que dichos jueces interpreten la nueva Ley sobre la base de la doctrina del arbitraje internacional y no en conjunción o en confusión con los parámetros de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

a) Se atribuyen a las *Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia* el nombramiento y remoción judicial de árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo, así como la competencia para el reconocimiento del exequátur, manteniendo en los Juzgados de Primera Instancia las competencias de ejecución.

La competencia para el conocimiento de los laudos arbitrales extranjeros se ha trasladado de este modo a la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma «*del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento*» o «*del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos*», pues hasta la reforma la competencia para su conocimiento lo fue de los Juzgado de Primera Instancia y de los Juzgados de lo Mercantil.

Tras la reforma, los Juzgados de Primera Instancia mantienen su competencia en materia de ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales tanto nacionales como extranjeras.

Para la ejecución de los laudos extranjeros los criterios de competencia territorial son los mismos que los previstos en esta Ley para su reconocimiento (art. 8. 6). Para la ejecución de los laudos nacionales son competentes los juzgados el del lugar dónde se haya dictado el laudo (art. 8. 4).

Sin embargo y hay que destacarlo especialmente, se suprimen las competencias de los Juzgados de lo Mercantil para la ejecución de los laudos arbitrales, al derogarse, por la Ley Orgánica 5/2011, la letra g) del apartado 2 del art. 86 ter de la LOPJ. También mediante esta derogación tanto la asistencia judicial en la práctica de pruebas como la adopción de medidas cautelares, como funciones de apoyo del arbitraje, volverán a ser competencia de los Juzgados de Primera Instancia, perdiendo su anterior competencia los Juzgados de lo Mercantil.

La reasignación de las funciones judiciales en relación con el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros atribuida, tras esta reforma, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, es una solución razonable mediante la cual se pretende dar más uniformidad al sistema mediante la elevación de determinadas funciones, como se indica en el preámbulo de la ley. Hay que recordar, no obstante, que esta reforma no estaba inicialmente prevista y que se incluyó, con alguna duda, como propuesta alternativa²⁸⁹.

b) La declinatoria se mantiene y deberá ser propuesta dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, en los juicios ordinarios, y en los diez primeros días posteriores a la citación para la vista, en los verbales,

²⁸⁹ Según la nota del Ministerio de Justicia «se eleva, por tanto, el nivel de los órganos judiciales que realizan tales funciones y se potencia la uniformidad de criterio, lo que redundará en una mayor previsibilidad de las decisiones. Internacionalmente esta medida es valorada muy positivamente pues atribuir las decisiones jurisdiccionales derivadas del arbitraje, en especial el reconocimiento de laudos extranjeros a Tribunales Superiores, supone elevar de rango la institución arbitral»

lo que parece un plazo excesivamente breve.

c) Se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión al arbitraje y se establece como requisito para someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral, con los nuevos artículos 11 bis y 11 *ter* de la Ley de Arbitraje, estableciendo que se requerirán los votos de al menos dos tercios de las acciones o participaciones para la inclusión en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión al arbitraje.

Los estatutos podrán establecer que la impugnación de los acuerdos por los socios o administradores quede sometida a arbitraje, así como el número de árbitros y su designación. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible deberá ser inscrito en el Registro Mercantil, y ello determinará la cancelación de la inscripción del acuerdo impugnado por el laudo y la de los asientos posteriores que resultaran contradictorios con tal declaración.

Hay que destacar que, aparentemente y como modificación sustancial, la reforma establece e impone el arbitraje institucional para los arbitrajes estatutarios de las sociedades mercantiles excluyéndose, en consecuencia, el arbitraje *ad hoc*.

d) En relación con este arbitraje institucional se mantiene la posibilidad de que las partes encomienden la administración y el nombramiento de árbitros a favor de las Corporaciones de Derecho Público²⁹⁰ y las Entidades públicas siempre que puedan desempeñar tales funciones arbitrales según sus normas reguladoras, manteniendo que asimismo puedan asumir la administración institucional del arbitraje y el nombramiento de árbitros «las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro» cuyos estatutos prevean funciones arbitrales.

e) Se amplían las garantías y eficacia de los procedimientos arbitrales fortaleciendo el papel de las instituciones arbitrales (art. 14 LA); ampliando el abanico de profesionales que pueden intervenir como árbitros (art. 15 LA); se concretan las incompatibilidades en relación con la intervención en una mediación (art. 17 LA); se exige el aseguramiento de las responsabilidades de los árbitros (art. 21 LA); se autoriza la utilización de la lengua propia por las partes, los testigos y peritos o cualquier tercero que intervenga en el procedimiento (art. 28); se regula la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales (art. 722 LEC), modifica el 15.1 del texto anterior y se requiere ahora la «condición de jurista» del árbitro que actúe como tal, en los arbitrajes que se resuelvan por un árbitro único y que no se decidan en equidad, y que al menos uno de los árbitros ostente tal condición en aquellos otros arbitrajes que deban ser resueltos por tres o más árbitros, suprimiendo el anterior requisito de ostentar a condición de abogado

²⁹⁰ El Consejo General del Poder Judicial, que cita como fuente al Consejo Superior de Cámaras de Comercio, indica en «La Justicia dato a dato», que los arbitrajes en la red de Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio españolas fueron en los años precedentes a la reforma de 420 en 2007, 547 en 2008, y 751 en 2009.

en ejercicio, y con ello la incompatibilidad de que el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto, salvo acuerdo en contrario de las partes.

f) Se establece la exigencia de contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que se determine, para los árbitros e instituciones arbitrales, exceptuándose de la contratación a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas (art. 21.1).

g) Respecto del laudo, da la solución a favor del arbitraje cuando el laudo se dicte fuera de plazo (art. 37 LA), exige la motivación del laudo permitiendo rectificar el laudo cuando resuelve cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje (art. 39 LA); mejora el procedimiento de anulación del laudo (art. 42 LA); y elimina la diferencia entre laudo definitivo y firme, produciendo siempre efecto de cosa juzgada, aunque se ejercite contra el acciones de anulación o revisión (art. 43 LA).

h) Se mantienen tras la reforma (art. 37. 2) los mismos plazos previstos para dictar el laudo dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la presentación de la contestación o de la fecha de la expiración del plazo para contestar y se mantiene también la posible prórroga de ese plazo por dos meses más, salvo acuerdo en contrario, mediante decisión motivada de los árbitros.

Debe destacarse al respecto la modificación y supresión de los dos últimos párrafos del anterior artículo 37. 2, que se sustituyen por el párrafo final del actual texto y en el que se dispone expresamente que la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo, salvo acuerdo en contrario, no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros como consecuencia de ello, destacando la inclusión en el art 39 de la Ley Arbitraje, tras su reforma, de la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas o no susceptibles de arbitraje.

i) Respecto de la acción de anulación del laudo, se incluye, como fase o trámite adicional en este procedimiento, del traslado al actor de la contestación y documentos justificativos de la oposición para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba (nueva redacción del art 42.1.b), y la supresión de trámite de vista cuando su celebración no se haya solicitado expresamente por las partes o cuando la única prueba a valorar sean los documentos aportados y no impugnados (nueva redacción del art. 42.1.c).

j) Establece con mayor claridad que el laudo produce los efectos de cosa juzgada aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación o en su caso, de revisión previstas, suprimiendo del texto anterior del art. 43 la expresión «*el laudo firme produce efectos de cosa juzgada*».

k) Regula una cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para la resolución de conflictos entre la Administración General del estado y sus Entes instrumentales (Disposición Adicional Única Ley 11/2011).

l) Potencia la eficacia del convenio arbitral en las situaciones de concurso, siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles y bajo determinadas condiciones dirigidas a evitar perjuicios sobre la tramitación del concurso (art. 52 Ley 22/2003, Concursal), al modificar (disposición final tercera) el art. 8.4 de la Ley Concursal 22/2003 estableciendo la validez de las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado adoptadas por parte de los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de que el juez competente en la tramitación del concurso pueda acordar la suspensión de las mismas o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación concursal²⁹¹.

El apartado 1 del art. 52 de la Ley Concursal, estableciéndose expresamente que la declaración del concurso no afectará, por si sola, a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, salvo que el órgano jurisdiccional competente entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, en cuyo caso podría acordar la suspensión de sus efectos, limitando la *vis atractiva* del concurso y manteniendo la validez de los convenios arbitrales y de los pactos de mediación²⁹².

m) Por último, se debe reiterar que las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia pasan a conocer de las funciones de apoyo referentes al nombramiento y remoción judicial de árbitros, y de control del arbitraje respecto de la acción de anulación del laudo, sin que quepa ulterior recurso contra su decisión, estas atribuciones que correspondían a los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil, pasan al Tribunal Superior de Justicia, por disponer este de un mayor ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional que los Juzgados unipersonales, por lo que se añade una nueva letra c) al apartado 1 del art. 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; igualmente se les atribuye el conocimiento de las peticiones de *exequatur* y las solicitudes de reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras, en el núm. 5 del art. 85 de la LOPJ, y también se modifican aspectos relacionados con las competencias en materia concursal de los jueces del concurso y las actuaciones de apoyo al arbitraje, en el núm. 4º del ap.1 y al 3 del art. 86 ter de la LOPJ.

²⁹¹ MARIN LOPEZ, M. J., «Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral de consumo», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19, enero 2010, pág. 89 a 114.

²⁹² La reforma se adapta así a las soluciones comunitarias y en particular el Reglamento Europeo (CE) 1346/2000 sobre procedimiento de insolvencia, y elimina y solventa la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del art. 52 de la Ley Concursal

4. La Intervención judicial en el arbitraje

La doctrina clásica²⁹³ para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, representada por ROSENBERG, CHIOVENDA y ROCCO, así como parte de la doctrina española, representada por GUASP y HERCÉ, parten de la consideración del arbitraje, en orden a su naturaleza jurídica, de la *Teoría Contractual*, ya que el árbitro no es un juez, ni forma parte de la jurisdicción, pues no puede ejecutar sus decisiones, en consecuencia el arbitraje lo forma un doble convenio, proveniente por un lado del contrato de compromiso arbitral, por el que las partes se sometían al laudo y por otro del contrato de mandato, en atención al cual el tercero -el árbitro- resolvería el arbitraje según derecho o equidad.

Junto a ésta, ha existido y aún se mantiene la *Teoría Jurisdiccional*, que se inició en Alemania con HELLWIG, y en Italia con MORTARA, teoría secundada en España por ALCALÁ-ZAMORA, CARRERA, FENECH y MONTERO, en que el arbitraje a través del laudo ostenta todos los efectos de la cosa juzgada: obligatoriedad, ejecutoriedad e imperatividad; además los árbitros no gozan de *potestas*, pero sí de *auctoritas*.

Entre ambas teorías se situó la llamada *Teoría Mixta*, iniciada por CARNELUTTI y seguida por PRIETO-CASTRO y RAMOS²⁹⁴, en que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, a través del que se pueden obtener los mismos objetivos que los perseguidos por la jurisdicción civil²⁹⁵.

Pero lo cierto es, que la *esencia del arbitraje* en orden a su naturaleza viene conformada por la autonomía de la voluntad de las partes²⁹⁶, que apertura el nacimiento del arbitraje, cuyos efectos dependen de la propia naturaleza del arbitraje, ya que la decisión arbitral plasmada en el laudo proviene del convenio arbitral al que las partes se han sometido expresamente. Laudo que zanja la controversia y en el que el árbitro o árbitros actúan en ejercicio de una potestad de *iuris-dictio*.

²⁹³ SERRA DOMÍNGUEZ, E., «El proceso arbitral», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 571 y ss.

²⁹⁴ *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. I, Ed. Uteha, Buenos Aires (traducción de Alcalá-Zamora y Castillo y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, pág. 183, al hablar de los equivalentes jurisdiccionales, en concreto de la noción de equivalente jurisdiccional, como medio que pretende la composición de los conflictos, al igual que el proceso jurisdiccional, pero actúa el ordenamiento jurídico no por un interés público, sino privado, alcanzando la misma finalidad a que tiende la jurisdicción.

²⁹⁵ LOPEZ DE ARGUMEDA PIÑEIRO A. MENENDEZ DE LA CUESTA, K. *Abogados. Uría Menéndez*

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2005, de 17 de enero, «el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversia que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad, como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)»; y «aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1)».

Sin embargo, la asistencia judicial tiene un carácter mínimo y tasado, frente a la máxima autonomía del arbitraje es la regulación de las actuaciones arbitrales, comprendida en los arts. 24 a 33 de la Ley, que establecen las reglas sobre el procedimiento arbitral, reglas dispositivas que resultan aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral.

De modo que la asistencia judicial en los asuntos conocidos en arbitraje²⁹⁷ ha de limitarse a los *Procedimientos de Apoyo y Control* expresamente previstos por la Ley.

En este sentido el art. 7 de la Ley señala que «En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga». Y la Ley Arbitral lo dispone para el nombramiento judicial de los árbitros (arts. 15, 19 y 8.1); Adopción judicial de medidas cautelares (arts. 8.3 y 22.2); Asistencia judicial para la práctica de pruebas (arts. 8.2 y 33); Acción de anulación del laudo arbitral (arts. 40 a 42 y 8.5); Revisión del laudo arbitral (art. 43); Ejecución forzosa del laudo arbitral (arts. 44, 45 y 8.4); *Exequátur* de laudos arbitrales extranjeros (arts. 46 y 8.6), en que se concretan a:

a) Las funciones de control arbitral, que son: la acción de la anulación del laudo, y la revisión del laudo arbitral firme. Que se basan en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Por cuanto la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, por motivos tasados y que no permiten una revisión de fondo de la decisión de los árbitros. Laudo que aunque impugnado tiene fuerza ejecutiva y sigue los trámites del juicio verbal con demanda y contestación escrita.

En cuanto a la revisión del laudo arbitral firme, esta es tratada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, más que como un recurso de revisión, como un proceso autónomo que tiene su fundamento en la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

b) Las funciones de apoyo: serían las referentes al nombramiento judicial de los árbitros, a la adopción judicial de medidas cautelares, a la existencia judicial para la práctica de pruebas, a la ejecución forzosa del laudo arbitral y al *exequátur* de laudos arbitrales extranjeros. Funciones que encuentran su justificación *por la falta de potestad jurisdiccional* de los árbitros.

Y es aquí donde se aprecia y encuentra efectividad la asistencia judicial, ya que para hacer efectiva la tutela jurídica que presta el arbitraje no queda otra solución que acudir a quienes tienen la potestad exclusiva de ejecutar, que son los jueces profesionales, auxiliando así éstos a los árbitros en el desarrollo de la función arbitral.

La primera manifestación del apoyo judicial al arbitraje requiere analizar la actuación de nuestros órganos jurisdiccionales en el nombramiento judicial de

²⁹⁷ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA J. *Jornadas sobre las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil* organizadas los días 10 y 11 de mayo de 2007 por el Consejo General del Poder Judicial y el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco.

árbitros (lo que se venía a denominar antiguamente «*formalización judicial del arbitraje*»). Esta actuación se encuentra regulada, como es sabido, en el artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje cuando dice: «*Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello*».

Dado que conforme lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley «el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando se aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral».

Es la exposición de motivos, donde se dice que «el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse en primer término, sobre su propia competencia». El Juez sólo debe desestimar la petición cuando, prima facie, pueda considerar que realmente no existe un convenio arbitral; pero no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio²⁹⁸, aunque lo cierto es que los Tribunales han venido entrando en el fondo²⁹⁹.

Sin embargo el arbitraje, aunque algunos órganos jurisdiccionales, cuando se acudió a ellos para el nombramiento judicial de árbitros, no se constriñeron a examinar prima facie la validez del convenio arbitral, según el mandato de la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje, sino que entraron a fondo en la determinación de la validez del convenio arbitral o de la arbitrabilidad de la controversia, debe entenderse que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los Tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable. Y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial. Por tanto, el ejercicio de la asistencia judicial *no implica una sustitución de las facultades de los árbitros, sino un apoyo en cuestiones procedimentales que están fuera de la actuación arbitral* o no se encuentran bajo la órbita del poder de las partes; principalmente en la adopción de medidas cautelares o ejecutivas³⁰⁰ o en los medios de prueba, para garantizar la finalidad del laudo.

²⁹⁸ MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005; p. 107, dice «no puede negarse a prestar la asistencia necesaria para permitir la designación del árbitro y la prosecución del arbitraje, excepto cuando le aparezca manifiesta la inexistencia prima facie de convenio arbitral. El juez no podrá examinar ni la validez del convenio arbitral ni la arbitrabilidad de la controversia».

²⁹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga (núm. 1) de 27 de abril de 2005 (AC 2005/1248). Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 4 de febrero de 2004 (AC 2005/163). Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4) de 22 de junio de 2005 (JUR 2005/168440)

³⁰⁰ ALMAGRO NOSETE, «La ejecución del laudo arbitral», *Rev. Univ. de Derecho Procesal (UNED)*, núm. 0, 1998, pág. 22.

Por ello, la mayoría de las funciones asistenciales tienen carácter dispositivo, reservándose el carácter imperativo para aquellas formas de asistencia judicial que se consideran exclusivas de la potestad jurisdiccional: medidas cautelares, acción de anulación, revisión, ejecución, *exequátur*.

No obstante, los arbitrajes sufren demoras al trasladarse de su ámbito propio al jurisdiccional para la ejecución del laudo, pues así como en materia probatoria o de medidas cautelares se reconoce al árbitro capacidad por los arts. 23 y 33 de la Ley, también hubiere sido conveniente la posibilidad de actuar en la ejecución, si lo acordaren las partes y lo aceptara el árbitro, en todo aquello que no requiera la *vis coactiva*.

c) También existirá intervención jurisdiccional en el arbitraje, cuando, iniciado un procedimiento judicial, la parte demandada formula declinatoria sobre la base de la existencia de una sumisión a arbitraje³⁰¹.

A la declinatoria hace referencia, en primer lugar, el artículo 11.1 Ley, cuando dispone: «*El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*», que sigue *ad pedem litterae* la Ley Modelo UNCITRAL³⁰².

El examen de la doctrina jurisprudencial, durante la vigencia de la Ley de Arbitraje de 2003, ha sido de plena cognitio al resolver sobre la declinatoria, entrando a examinar la validez y eficacia del convenio arbitral, como método para determinar la validez de la cláusula arbitral³⁰³.

d) La asistencia judicial en la práctica de prueba, se encuentra regulada, como es sabido, en el artículo 8.2, que dispone que el órgano jurisdiccional competente para auxiliar en la práctica de prueba será el del Juzgado de

³⁰¹ DE BENITO-LLOPIS LLOMBART, M., *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*, Cívitas, Cizur Menor, 2010.

³⁰² Convención de Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958). BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977; corrección al texto español en BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1986. *Art. II.3 del Convenio de Nueva York*: «*El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se somete a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*». Del mismo modo, el artículo 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL, aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985, establece que: «*El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o al menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*».

³⁰³ Sentencia Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6374); Audiencia provincial de Asturias (Sección 1ª) de 2 de febrero de 2001 (AC 2006/15), que estima que la declinatoria es un método perfectamente válido para determinar la validez de la cláusula arbitral; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007/113980), criterio que ya había mantenido por el Tribunal Supremo durante la vigencia de la Ley de 1988 en Sentencia de de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) de 23 de mayo de 2002 (AC. 6421).

Primera Instancia del lugar del arbitraje o bien, alternativamente, el del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia. A su vez, el artículo 33 señala que la asistencia judicial para la práctica de las pruebas puede ser solicitada por cualquiera de las partes, siempre que cuente con la aprobación previa de los árbitros³⁰⁴.

e) También lo relativo a la adopción de medidas cautelares, que puede llegar a producirse incluso con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, lo que obliga a solicitarla con carácter de urgencia ante el órgano jurisdiccional, que tiende a concederla con carácter inmediato³⁰⁵.

f) La función de control del arbitraje, que ejercen los tribunales ordinarios cuando existe un laudo definitivo, se produce en dos supuestos: mediante la resolución de la acción de anulación y en el exequátur de laudos extranjeros.

Este control de los laudos arbitrales dictados en España y se limita a la resolución de la acción de anulación interpuesta por las partes³⁰⁶.

La labor de los jueces y tribunales en la resolución de la acción de anulación se contrae a la verificación de las formalidades esenciales del procedimiento y de la sujeción de los árbitros a lo convenido³⁰⁷, y así lo vinieron entendiendo la mayoría de las Audiencias Provinciales, mientras fueron competentes para conocer de la acción. «La acción de anulación, en razón de su naturaleza jurídica, básicamente incide sólo sobre la anulación del laudo por errores “in procedendo”, de modo que la cuestión de fondo o, mejor, su motivación sólo será atacada indirectamente en función de una posible anulación de su contenido, en todo caso garantista, o en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral, puesto que la impugnación por violación de las reglas de Derecho, sólo es consentida a través de la propia inobservancia de los requisitos, que, en la emisión de laudo, deben observar los árbitros, en cuanto al respeto al orden público y a los puntos no sometidos a decisión arbitral; por sostenido que, cuando se solicite la anulación del laudo, no se ha de pretender corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de elaboración, creando dificultades al móvil de paz que preside el arbitraje, y desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez

³⁰⁴ Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de marzo de 1998 (AC 1998/752), la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de noviembre, y la de la Audiencia Provincial de Lérida de 3 de septiembre de 1999 (AC 1999/1754), que hacen referencia a la necesidad de prolongar el plazo para dictar laudo.

³⁰⁵ Autos de 12 de marzo de 2004 y 21 de junio de 2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid, que resolvieron una solicitud de medida cautelar que tenía por objeto que se ordenara a una entidad no ejecutar los avales hasta que se dictara un laudo definitivo sobre la controversia que enfrentaba a las partes (que había de ser resuelta por medio de un arbitraje por la Cámara de Comercio Internacional).

³⁰⁶ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 412, que entiende que la acción de anulación es, en rigor, una acción rescisoria.

³⁰⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La Nueva Ley de Arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, nº 102, Madrid, p.143.

y confianza en el mismo, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la naturaleza del recurso no consiente»³⁰⁸.

De este modo, para anularlo deben alegarse y probarse alguna de las causas siguientes: Que el convenio arbitral no exista o no sea válido. Que la parte que solicite la anulación no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro, de las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos. Que la designación de árbitros o del procedimiento arbitral no se ajuste a lo acordado por las partes, salvo que sea contrario a la ley. Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión. Por el contrario, las omisiones de lo sí sometido pueden complementarse con otro laudo. Que el laudo sea contrario al orden público.

El laudo firme produce efectos de cosa juzgada, por lo que sólo cabe recurso de revisión conforme al art. 510 de la LEC, ante lo que cabe decir que no es propiamente un recurso de revisión³⁰⁹, sino rescisorio y extraordinario.

En definitiva, lo que confirman las sentencias analizadas es que la postura de nuestros tribunales es clara respecto a que la acción de anulación no es una revisión plena de lo ocurrido durante el arbitraje, sino que tiene por objeto una cognición muy limitada sobre el procedimiento arbitral, ceñida exclusivamente a las taxativas causas que son objeto del recurso de anulación.

Ello era competencia de las Audiencias Provinciales a las que se venía pidiendo una cierta especialización al objeto de acortar los plazos (generalmente de 6 meses a dos años), lo que se produjo como se ha visto con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, en que la competencia objetiva se traslada a los Tribunales Superiores de Justicia³¹⁰.

³⁰⁸ Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19) de 22 de enero de 2009 (AC 2009/661); (Sección 28) de 14 de diciembre de 2009 (JUR 2019/69127); Sentencia nº 41/2010 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1) de 21 de enero de 2010 (*La Ley* 8466/2010).

³⁰⁹ El art. 510 LEC indica los *motivos* del recurso de revisión de una sentencia firme: *1º. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4º. Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.*

³¹⁰ Hasta el momento se han dictado las SS. TSJ de Extremadura, sec. 1ª, S 28-6-2012, nº 2/2012, rec. 3/2012, Pte: Riera Mateos, Jacinto, (EDJ 2012/171518) en que el TSJ *desestima la impugnación interpuesta por un cliente contra el laudo arbitral de consumo que le obligó a pagar unas cantidades a una operadora de servicios móviles, que alegaba ya satisfechas. La Sala concluye que el cliente solicita de forma confusa la anulación parcial del laudo al no estar de acuerdo con el fondo del laudo, pero no se puede olvidar que los motivos de anulación del laudo han de estar tasados y no permiten, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. La Sala entiende que la impugnación del solicitante- que alega entre otros motivos, la no comprensión de sus pretensiones-, no se encuentra comprendida en*

ninguno de los supuestos del art. 41,1 LA para solicitar la nulidad, ya que pretende modificar el fondo, que es cuestión vedada al Tribunal, por lo que desestima su petición. TSJ de Cataluña, sec. 1ª, S 10-1-2013, nº 5/2013, rec. 29/2012, Pte: Valls Gombau, José Francisco, (EDJ 2013/39056) en que el TSJ desestima el rec. de anulación del laudo arbitral que resolvía sobre un arbitraje de consumo. Se establece que atendida la fecha de inicio del expediente arbitral no quedaban excluidas las personas jurídicas de la posibilidad de someterse sus controversias en materia de telecomunicaciones al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo (FJ 3). TSJ de Galicia, sec. 1ª, S 13-2-2013, nº 5/2013, rec. 22/2012, Pte: Reigosa González, Juan José, (EDJ 2013/77757) en que el TSJ desestima la demanda interpuesta concluyendo que no ha lugar a la nulidad del laudo arbitral al no estar el conflicto excluido de la materia de arbitraje. El hecho causante de la reclamación se fija desde que se empieza a cargar el importe del servicio no contratado, por lo que ha de entenderse que el hecho causante de la reclamación tuvo lugar a partir de ese momento, siendo continuo en el tiempo al tratarse de un hipotético contrato de prestaciones periódicas, razones por las que siendo un caso de inexistencia de contrato nada impide la reclamación efectuada por abonos realizados sin causa, por lo que tampoco puede operar la exclusión que se alega puesto que por principio general de derecho lo inexistente no produce efecto alguno en detrimento del perjudicado (FJ 2). TSJ de Cataluña, sec. 1ª, S 28-2-2013, nº 16/2013, rec. 8/2012 Pte: Bassols Muntada, Nuria, (EDJ 2013/12207) en que el TSJ acuerda desestimar la demanda de anulación del laudo arbitral que resolvía las diferencias surgidas en el contrato de prestación de servicios telefónicos suscrito. El objeto del arbitraje viene constituido por las diferencias surgidas entre las partes en relación al importe de una factura, puesto que el demandante se negó a hacerla efectiva, recibiendo varios requerimientos de pago de la compañía telefónica. Se establece que el laudo impugnado satisface la exigencia de motivación derivada de la inconcreta denuncia hecha por el demandante ante la junta arbitral, no pudiendo incidir la demanda de nulidad que ahora se trata en cuestiones nuevas (FJ 3 y 7). TSJ de Baleares, sec. 1ª, S 19-3-2013, nº 1/2013, rec. 6/2012, Pte: Capó Delgado, Antonio Federico, (EDJ 2013/67085) en que el TSJ acuerda desestimar la demanda de anulación del laudo emitido por la correspondiente junta arbitral de consumo, que resolvía las controversias surgidas entre las partes sobre defectos de calidad en una compraventa. Se establece que con independencia de que el órgano arbitral pueda proponer de oficio las pruebas que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia, quienes deben proponer las pruebas son las partes. Se acredita que la actora no propuso prueba alguna, por lo que no se han vulnerado ninguno de los principios esenciales, de orden público (FJ 2). TSJ de Andalucía (sede Granada), sec. 1ª, S 19-4-2013, nº 11/2013, rec. 40/2012, Pte: Pasquau Liaño, Miguel, (EDJ 2013/153551) en que el TSJ acuerda estimar la demanda sobre declaración de nulidad del laudo arbitral dictado por la correspondiente junta arbitral de consumo relativo a un contrato de prestación de servicios telefónicos. Se establece que la prueba relativa a la aportación de grabaciones estaba en poder de la entidad reclamada por lo que ninguna dificultad especial comportaba su práctica. En consecuencia se aprecia que el laudo impugnado fue el resultado de un procedimiento en el que no se respetaron las exigencias del orden público de protección que le caracteriza, impidiendo a la usuaria hacer valer sus derechos (FJ 1). TSJ de Galicia, sec. 1ª, S 2-5-2013, nº 19/2013, rec. 23/2012, Pte: Saavedra Rodríguez, Pablo, (EDJ 2013/95392) en que el TSJ desestima la demanda interpuesta concluyendo que no ha lugar a la nulidad del laudo arbitral. Y ello porque según la literalidad de la cláusula de exclusión de la oferta pública de adhesión limitada al sistema arbitral de consumo se establece que quedan excluidos del arbitraje las reclamaciones relativas a los servicios de tarificación adicional, cuando la reclamación se fundamente en la forma de prestación de servicio, para el proveedor, por ser competencia de la comisión de supervisión de los servicios de tarificación adicional. Dicha cláusula es oscura en su redacción, pues no se entiende lo que quiere expresar, y por ello, nunca podría favorecer la pretensiones de la demandante que es quien la ha impuesto. Por otra parte por el demandado no se ha discutido nada relativo a la forma de prestación de servicio por el proveedor, sino la cuantía exorbitada de las facturas emitidas por la actora, aunque se refieran a servicios de tarificación adicional (FJ 4). TSJ de Cataluña, sec. 1ª, S 6-6-2013, nº 40/2013, rec. 2/2013, Pte: Alegret Burgués, Mª Eugenia, (EDJ 2013/153487) en que el TSJ acuerda estimar la demanda de nulidad del laudo arbitral que resolvía las controversias surgidas en el contrato de prestación de servicios de telefonía suscrito. Se establece que el árbitro restringió indebidamente el ámbito de su actuación al no resolver la totalidad de la controversia existente entre las partes obligándolas a acudir a otros procedimientos, al existir plena conexidad entre la acción derivada del impago de

Este traslado competencial ha sido un opción legislativa acertada, que permite la especialización y el acortamiento de los plazos, descargando el trabajo ímprobo de las Audiencias Provinciales³¹¹

g) Respecto de la intervención del Juez de lo Mercantil en el arbitraje, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, dedicó dos contradictorios preceptos a la materia, los arts. 52 y 53 LC. El art. 52. 1º LC, establecía la ineficacia de los acuerdos de arbitraje por la declaración concursal al señalar: «*Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales*»³¹².

Cuya disposición final trigésima primera, reformó la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de Consumidores y Usuarios, introduciendo el número 4 al art.

las facturas de teléfono y la cesión de los datos de carácter personal. En consecuencia no se puede sustituir el criterio del árbitro resolviendo la controversia inicialmente planteada, sino únicamente anular total o parcialmente el laudo dictado contraviniendo las normas o garantías procesales esenciales (FJ 5). TSJ de Valencia, sec. 1ª, S 24-7-2013, nº 5/2013, rec. 2/2013, Pte: Calderón Cuadrado, Mª Pía Cristina, (EDJ 2013/19533) en que el TSJ declara que no ha lugar a la estimación de la demanda de anulación de laudo interpuesta por la usuaria pues entiende que confunde al presidente de la Junta Arbitral con el órgano arbitral unipersonal y la designación de éste se realizó con respeto estricto a la normativa. La contravención del orden público exige la invocación del derecho fundamental vulnerado y la alegación de la concreta actuación u omisión que dieron lugar a su quebranto, pero no consta, y bajo su cobertura no cabe introducir un pretendido incumplimiento contractual (FJ 4). TSJ de Canarias (sede Las Palmas), sec. 1ª, S 25-11-2013, nº 6/2013, rec. 9/2013, Pte: Bellini Domínguez, Carla, (EDJ 2013/254580) en que el TSJ anula el inciso del pronunciamiento del laudo arbitral relativo a la anulación del importe total de la factura de los servicios telefónicos acordada en el mismo, pues estimada la extra petitio, solo puede referirse el arbitraje a las llamadas de tarificación especial recogidas en la factura, toda vez que el resto no fue interesado por el reclamante y, por tanto, no pudo ser objeto de arbitraje y, en este sentido, el árbitro se ha extralimitado en su competencia (FJ 5 y 6). TSJ de Baleares, sec. 1ª, S 10-12-2013, nº 4/2013, rec. 2/2013, Pte: Capó Delgado, Antonio Federico, (EDJ 2013/258853) en que el TSJ desestima la demanda de acción de anulación del laudo arbitral interpuesta por la compañía por considerar que no ha entrado en la cuestión de las tarificaciones adicionales. El laudo se ha limitado a establecer que el usuario tiene derecho a solicitar y recibir facturas separadas de los servicios de comunicaciones electrónicas por una parte y de los que no tienen esa naturaleza, y en ningún momento se han analizado las causas alegadas por la compañía que, en su sentir, eximían del abono de las citadas tarificaciones adicionales (FJ 4). TSJ de Galicia, sec. 1ª, S 23-1-2014, nº 4/2014, rec. 35/2013, Pte: Saavedra Rodríguez, Pablo, (EDJ 2014/7413) en que el TSJ estima la demanda y concluye que debe reputarse nulo el laudo arbitral al haberse allanado la consumidora demandada. Y ello por cuanto las partes de un procedimiento están facultadas entre otras para allanarse, salvo cuando la ley lo prohíba o se establezcan limitaciones por razones de interés general o beneficio de tercero, y cuando el demandado se allane se dictará sentencia condenatoria para el mismo (FJ 2).

³¹¹ VIRGÓS SORIANO, M., LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, FERNANDEZ BERGIA, A., RUEDA GARCIA J.A. *Crónica de legislación y jurisprudencia. Arbitraje*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 26, 2010.

³¹² La relación entre el arbitraje y los procedimientos concursales no aparecía regulada en la Ley de Arbitraje, ni en la regulación sustantiva sobre quiebra y suspensión de pagos de los Códigos de Comercio (CCom.) de 1829 y 1885, y de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 (LSP).

31 declarando igualmente la ineficacia de los convenios de arbitraje³¹³.

Esta opción del legislador español por la ineficacia de las cláusulas de arbitraje obedeció a dos principios de la Ley Concursal que han incidido de forma poderosa en la cuestión que nos ocupa: se trata del principio de la *exclusividad de la jurisdicción del juez concursal*, y del principio de la *par conditio creditorum*³¹⁴.

La Ley Concursal, concibe a la jurisdicción mercantil como *exclusiva y excluyente* en relación a la materia concursal en aras de la unidad del procedimiento, de lo que se desprende la ineficacia de las cláusulas de arbitraje tiene su razón de ser en la exclusividad de la jurisdicción del juez del concurso, lo que supone anular la eficacia de los convenios arbitrales, por lo que la ineficacia del convenio arbitral se establece sobre la base de entender que la jurisdicción de los Jueces de lo Mercantil absorbe toda cuestión relativa al procedimiento concursal, lo que la deja fuera de la libre disposición de las partes, declaración legal de exclusividad a favor del Juez del concurso desconectada del arbitraje, y habla de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (art. 8 LC); competencia que, además, se extiende a otra serie de cuestiones (art. 9 LC).

Ello llevaría como consecuencia lógica a entender que no cabe el arbitraje en ningún asunto relacionado con el concurso para el cual el juez tenga atribuida dicha competencia exclusiva y excluyente.

Sin embargo, coexisten algunas cuestiones que se resuelven mediante arbitraje que no son de la competencia exclusiva del juez mercantil, como ocurre con las disputas relacionadas con el Derecho de consumo³¹⁵, en las que el efecto pretendido de la ineficacia de las cláusulas de arbitraje se revela como una «carga» para el juez mercantil que no está especializado en dichas materias o estándolo resulta que las mismas se someten habitualmente a arbitraje, ante ello habrá de decirse que el arbitraje, sin embargo, no le hace la competencia a la jurisdicción estatal, porque operan en diferentes niveles.

³¹³ PERALES CASILLAS, P. «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal». *Revista La Ley*, nº 6035, junio de 2004.

³¹⁴ En Derecho comparado, la Ley argentina de concursos y quiebras (Ley núm. 24.522 de 1995), cuyo art. 134 (Cláusula compromisoria) indica que la declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor, salvo que antes de dictada la sentencia se hubiere constituido el Tribunal de árbitros o arbitradores.

³¹⁵ Es destacable en esta materia el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE núm 217 de 6-09-14), opera una modificación importante en la Ley Concursal, al incluir la Disposición Final Tercera, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, para permitir recursos de apelación a aquellos consumidores que estén inmersos en procedimientos de ejecución hipotecaria basados en alguna cláusula abusiva y en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio pasado. La Disposición Transitoria 4ª concede el plazo preclusivo de de un mes para formular nuevos recursos de apelación basados en la existencia de causas de oposición del apartado 7º del art. 557.1 y en el apartado 4º del art. 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El efecto que la declaración del concurso produce sobre las cláusulas de arbitraje pactadas es claramente un efecto sobre un contrato, como lo demuestra el hecho de que hoy en día es clara la naturaleza jurídica del arbitraje, predominando la llamada tesis mixta, que supone acoger las dos grandes corrientes: la contractualista (el arbitraje es un contrato) y la procesalista (es una excepción procesal), de tal forma que se entiende de conformidad con dicha tesis mixta que el arbitraje es un contrato en su origen, pero sus efectos son jurisdiccionales³¹⁶.

En esta situación se produce una cierta incoherencia producida por la declaración de ineficacia del convenio de arbitraje que supone romper con la eficacia o efecto positivo del arbitraje del art. 11 LA, pues el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado, pero lo cierto es que la norma del art. 52.1 LC, relativa a la ineficacia del convenio arbitral ante el concurso resultaba coherente con el principio que el legislador pretendía defender a toda costa -unidad y concentración en un sólo órgano del procedimiento concursal-, principio rector de la Ley Concursal conforme al cual el juez estatal especializado atrae a su seno todas las controversias patrimoniales que surgen tras la declaración del concurso, como con los efectos de la cláusula compromisoria.

Respecto de las cláusulas de mediación o conciliación hoy tan de actualidad como nuevos métodos mixtos que combina tanto el procedimiento arbitral, como el procedimiento «*Med-Arb*», mediante el cual se intenta primero la conciliación de las partes y si falla este intento cualquiera de ellas puede iniciar el procedimiento arbitral, comparten una finalidad común: servir de medio o técnica de resolución de conflictos, pero sólo el arbitraje origina una decisión (laudo arbitral) que vincula a las partes produciendo los efectos de una sentencia con efecto de cosa juzgada, esto es, con carácter ejecutivo (art. 37 LA y art. 517.2.2.º LEC) y firme de una sentencia judicial.

En cuanto a los convenios de arbitraje no relacionados con el concurso o sustraídos de la competencia del Juez del concurso que son declarados sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso han de ser necesariamente aquellos que tienen trascendencia sobre el patrimonio del deudor (art. 8.1.º LC), y que entran en el ámbito de competencia del Juez del concurso, por lo que si el convenio de arbitraje se refiere a cuestiones que afectasen al deudor en aspectos diferentes a los patrimoniales y/o estuviesen sustraídos de la competencia del juez del concurso, dichos convenios continuarían siendo eficaces³¹⁷.

³¹⁶ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1998)*, Madrid: Montecorvo, 1991, págs. 66-6.

³¹⁷ Juan MONTERO AROCA, «Art. 2», en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, dir. por J. MONTERO AROCA, Madrid, Civitas, 1990, pág. 25),

En los convenios arbitrales en que sea parte el deudor se declara, como se ha dicho, la ineficacia de los convenios arbitrales, pero en los convenios arbitrales multiparte, en particular el arbitraje societario, reclama que únicamente puedan considerarse ineficaces los convenios arbitrales cuando las disputas involucren al deudor y la misma tenga trascendencia para su patrimonio y no en caso contrario³¹⁸.

En lo referente al específico arbitraje de consumo, decía PILAR PERALES CASILLAS, que el art. 52.1 LC, no es el único precepto de la Ley que declaraba la ineficacia de los convenios arbitrales, pues como ya se ha dicho la disposición final trigésima primera, que reformó la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en concreto su art. 31 al añadir un nuevo ap. 4.º, también declaró sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores.

La disposición se refiere a una forma particular de manifestar el consentimiento por el empresario al sistema arbitral de consumo que aparece desarrollado en los arts. 6 y 7 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se reguló el Sistema Arbitral de Consumo, (modificado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero), por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Conforme al sistema descrito, el empresario podrá dirigirse a la Junta Arbitral de Consumo indicando su voluntad de someterse al sistema arbitral. La Junta Arbitral publicará en el Diario Oficial la oferta pública del empresario, inscribirá al empresario en un libro registro creado al efecto, y le entregará el distintivo oficial, adquiriendo así la empresa sometida al sistema el derecho de uso del mencionado distintivo.

Se formaliza así la oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo y a esto es a lo que se refiere la disposición final que se comenta al declarar sin efecto dichas ofertas públicas.

La disposición final declaraba sin efecto los convenios arbitrales, lo que había de entenderse en relación con aquellas situaciones en que el consumidor presentaba la solicitud de arbitraje ante la junta arbitral correspondiente, momento en que se produce la aceptación de la oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo. Asimismo ha de entenderse incluido el supuesto inverso: solicitud de arbitraje del consumidor seguida de aceptación del empresario que no forma parte del sistema arbitral. En este caso, surge la hipótesis por la que la aceptación del empresario mediante su sometimiento al sistema supone la perfección del convenio arbitral.

Es la disposición final trigésima primera, la que entiende que bastará para excluir al deudor concursado del sistema arbitral de consumo que el auto de declaración de concurso sea notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta arbitral nacional.

³¹⁸ Párrafo 1.º de la cláusula-tipo estatutaria redactada por las Cámaras de Comercio y el Consejo General de Notariado, refrendada por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante Resolución de 1 de octubre de 2001

La disposición, no era precisa, ya que faltaba por añadir que el auto de declaración de concurso sea notificado al órgano a través del cual se hubiera formalizado la oferta pública de sometimiento a arbitraje, a menos que se entendiera que con la palabra convenio, la disposición final se estaba refiriendo a uno de los aspectos del contrato de dación y recepción del arbitraje, esto es, al pacto por el cual el empresario y las juntas acuerdan que el primero se someta al arbitraje de consumo y el segundo a la publicidad, registro, otorgamiento del distintivo, tramitación de las demandas, etc.

La notificación del auto al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio o la oferta pública de sometimiento al arbitraje requiere la notificación a la Junta arbitral correspondiente, ya que en el primer caso dicho órgano es quien recibe la petición del consumidor y, en el segundo, es quien decide la incorporación del empresario al sistema arbitral de consumo, sin embargo, olvidaba que la Junta Arbitral habrá dado determinada publicidad a la oferta pública de sometimiento a arbitraje, por lo que la cuestión se centraba en determinar si la previsión del legislador concursal se correspondía con el momento en que la oferta pública era efectiva conforme al sistema arbitral de consumo.

Podría haberse previsto la obligación de las juntas arbitrales de publicar en los diarios oficiales y cancelar en el libro registro la inscripción del empresario del sistema para así otorgar a la baja del empresario del mismo requisito de publicidad previsto para su alta en el sistema arbitral de consumo, lo que gira sobre la exclusión del deudor concursado del sistema arbitral, lo que contrasta con la declaración de ineficacia, limitada en el tiempo, del convenio que se prevé en el art. 52.1 LC, todo lo cual requiere la exclusión del concursado del sistema arbitral de consumo.

La disposición final presentaba, además, otros problemas de interpretación. En primer lugar, no quedaba claro el momento temporal de la aplicación de la sanción de la ineficacia de los convenios arbitrales y de las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo. El problema derivaba nuevamente de la parquedad con la que se expresó el legislador en esta disposición especialmente si se compara con el art. 52 LC.

En este sentido, conviene diferenciar las dos situaciones a que se refería la disposición final: a) respecto a las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje, la respuesta es sencilla, puesto que en estas situaciones el consumidor no ha llegado a prestar su consentimiento y, por lo tanto, no existe ningún convenio de arbitraje, por lo que privando de efecto a la oferta pública no es posible que recaiga una aceptación capaz de perfeccionar el convenio; b) por lo que atañe a los convenios de arbitraje, la respuesta no es tan fácil, porque en esta situación existe ya un convenio de arbitraje perfeccionado válidamente, pero el empresario es declarado en concurso de acreedores; situación que es precisamente la que preveía el párrafo 1.º del art. 52 LC, si bien la disposición final no se refería ni a los límites temporales que allí aparecen ni a la situación que aparece descrita en el ap. 2.º del art. 52 LC., por lo que para solucionar el silencio de la disposición final en torno a esas cuestiones procedía aplicar lo dispuesto en el art. 52 LC, por lo que los convenios de arbitraje quedaban

privados de virtualidad a menos que en el momento de la declaración de concurso el procedimiento arbitral estuviese ya en tramitación.

La ley de arbitraje de 2003, fue reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que sigue el llamado sistema monista, esto es, la unificación de los regímenes nacional e internacional³¹⁹.

El Juez nacional vinculado por el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros no puede interpretar los causales de nulidad e ineficacia de acuerdo a su Derecho interno, sino al internacional, por ello la aplicación del Convenio de Nueva York como excepción al art. 52.1 LC no parece proporcionar una respuesta segura y su aplicación, porque reconocida la eficacia negativa de los convenios de arbitraje por la Convención de Nueva York, dicha eficacia se sujeta, sin embargo, al control estatal, con el resultado que de aplicarse el Derecho español, el juez podría declarar la ineficacia del convenio arbitral basándose en la competencia exclusiva del juez del concurso (argumento ex art. 8 LC).

La *ratio* del precepto establece una excepción a la regla de ineficacia de los convenios arbitrales cuando la cláusula de arbitraje se relaciona con un litigio internacional, por lo que podría irse más allá de la letra del precepto, y, en consecuencia, entender como principio general que los convenios de arbitraje internacional no quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, prescindiendo, así, del argumento que podría hacerse en torno a la ineficacia del convenio de arbitraje sobre la base de la exclusividad de la jurisdicción del juez del concurso, desde una visión internacional del problema: el respeto que merecen los compromisos internacionales y la necesidad de garantizar cierta seguridad jurídica en esta materia.

La Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961, se aplica a los acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes, y de conformidad con su art. 6.2 a) el juez español habrá de decidir esta cuestión de conformidad con la ley a que las partes hayan sometido el acuerdo o compromiso arbitral, por lo que podría suceder que dicha ley reconociese al convenio validez y eficacia pese a la declaración de concurso o estipulase un sistema por el cual la administración concursal pudiese decidir sobre el destino de las cláusulas de arbitraje.

Todo ello ha hecho que, como ya se había anticipado, el número 1 del artículo 52 haya sido nuevamente redactado por el número dos de la disposición final tercera de Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, vigente desde el 10 junio 2011, que

³¹⁹ Exposición de Motivos (II), «*son muy pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno*».

resuelve la cuestión siguiendo la doctrina jurisprudencial sobre el apoyo y control judicial del arbitraje que supone que los jueces españoles hayan optado por la línea de modernidad siguiendo la doctrina del arbitraje internacional en decidido y firme apoyo al arbitraje como lo demuestra la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, encaminado a otorgar el máximo apoyo a los procedimientos arbitrales, adaptándose a las soluciones comunitarias y en particular el Reglamento Europeo (CE) 1346/2000 sobre procedimiento de insolvencia, y elimina y solventa la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del art. 52 de la Ley Concursal, dando la siguiente redacción al número 1 del artículo 52 sobre procedimientos arbitrales:

«1. La declaración de concurso, por si sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales».

5. Incidencia del nuevo marco legal en el Arbitraje de Consumo

La aplicación del arbitraje viene dada por la controversia real o futura dentro de un conflicto de Derecho privado, y extiende su ámbito de aplicación con carácter supletorio al arbitraje de consumo al que se refiere la Ley 26/1984 de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en particular el RD 636/1993 de 3 de mayo, que reguló el Sistema Arbitral de Consumo, y Ley 44/2006 de 29 diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios que determina legalmente la prevalencia acentuada del sistema arbitral de consumo, y lo que sí es cierto es que en lo que se refiere al Arbitraje de Consumo.

La Ley vino a complicar el sistema que existía, ya de por si parco, pues el nuevo marco legal vino a plantear nuevos interrogantes, no siempre de fácil respuesta, que pudo provocar una dispersión interpretativa entre los distintos Tribunales Arbitrales, o Juntas Arbitrales repartidas por toda la geografía nacional, por lo que se plantearon distintos aspectos polémicos en este nuevo marco legislativo respecto al ya existente del arbitraje de consumo.

a) La equidad.

La Disposición Adicional Única es confusa al establecer que: *«Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho».*

Ya es de agradecer que se acuerde de la ley del arbitraje de consumo, aunque sea tan tímidamente, y desde luego es reprochable que no lo incluyera expresamente en el art. 14 referido a los arbitrajes institucionales, cuando decenas de miles de reclamaciones anuales avalan el sistema arbitral de

consumo como uno de los más eficaces en su tramitación y resolución y más prestigiados entre los consumidores y empresarios.

En cierto modo resulta algo molesto la ignorancia que la ley marco del arbitraje hace intencionadamente del mencionado prestigiado sistema, remitiéndolo a una referencia final que ni siquiera aparecía en el decreto regulador del mismo. Antes al contrario, parece ignorar también éste, ya que dice «*podrá establecer [...]*». La confusión que induce el texto no es menor.

En primer término porque el arbitraje había de ser en derecho (salvo acuerdo expreso) según lo dispuesto en el art. 34, con inversión del principio general de qué arbitraje sería en equidad (art. 4.2 de la Ley 36/1988) salvo que las partes optasen expresamente por el de derecho. Pues bien, la Ley 60/2003, se remitía a la normativa del Decreto 636/1993 (al que no menciona), «*que podrá establecer la decisión en equidad*».

El problema es que el único texto existente no mencionaba expresamente la equidad, aunque bien es cierto que del art. 11.3 y 16.2 del meritado texto reglamentario se habría de deducir *a sensu contrario* que el arbitraje ha de ser en equidad, si bien a esta conclusión se llega haciendo una interpretación benévola, ya que ante la ausencia de especificación expresa de la equidad, y dado el carácter supletorio de la Ley 60/2003, lo que pudiera ser una insoslayable laguna de difícil solución. Sin duda, el legislador hubiera salvado estos inconvenientes expresando con claridad que para el arbitraje de consumo los árbitros decidirán en equidad.

En segundo lugar, resulta igualmente perturbador que se exprese «*podrá establecer [...]*», ya que de ello habría de deducirse, o bien que hasta la fecha no se estableció, o bien a que el legislador, con desdén del decreto regulador del sistema, estaba pensando en una nueva regulación.

Pero, de la paupérrima disposición adicional, podría incluso llegarse a la interpretación de pensar que tan sólo quería establecerse el carácter supletorio de la ley, para el tema de la equidad en el sistema arbitral de consumo, dado que atendiendo al tenor literal del precepto hubiere sido más correcto establecer el criterio de la supletoriedad y finalizar la frase con un punto, y posterior y separadamente hacer referencia expresa al tan mencionado tema de la equidad.

En conclusión, la disposición, siembra dudas y obliga a llegar a conclusiones vía deducción de principios implícitamente presentes con supletoriedades que emergen de forma confusa, por lo que habrá de acudir a una hermenéutica conciliadora, atendiendo al espíritu del legislador, los arbitrajes de consumo han de ser de equidad, salvo opción en contra de una de las partes, atendiendo, además, al carácter tuitivo que igualmente se desprende de la legislación en materia de consumo (art. 2.2 de la Ley 19/1984).

b) Materias excluidas.

Según el art. 2 de la Ley 36/1988 de Arbitraje:

«1. No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos. 2. Quedan excluidos de ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales».

A continuación, la normativa del Real Decreto 636/1993, introdujo un elemento nuevo tras la Ley de Arbitraje, al establecer:

«2.2. No podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones (art. 2.1 de la Ley 36/1988): a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. c) Las cuestiones en que, con arreglo a la Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos. d) Aquellas en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito (art. 31.1 de la Ley 26/1984).»

El párrafo d) incluye nuevas exclusiones conforme a la Ley 26/1984 que no contemplaba la ley antigua de arbitraje, pero que como se verá siguen en vigor tras la promulgación de la nueva.

Así la Ley 60/2003 en su art. 2.1, que dispone:

«1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

Intentando alcanzar una interpretación integradora, es evidente que las exclusiones vigentes en materia de arbitraje son las anteriormente referidas del art. 2.1 de esta legislación y el art. 2.2 d) del Real Decreto 636/1993 por virtud de la Disposición Adicional tantas veces mencionada.

De todo esto puede deducirse que si bien es cierto que los apartados a), b) y c) antes mencionados de la Ley de 1988 y el Real Decreto quedan derogados (tenían idéntico contenido), podrán ser con esta norma, objeto de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición aunque vayan inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan dicho poder.

Se puede deducir de esta premisa que si bien no puede ser objeto de arbitraje un asunto en el que concorra intoxicación, lesión, muerte, sí puede serlo la responsabilidad civil derivada de estos eventos, pues aún estando excluidas dichas materias, es bien cierto que el tenor literal de la ley ha cambiado respecto a las materias *«inseparablemente unidas»*, que ha desaparecido, por lo que cuando una Junta Arbitral tenga ante sí una reclamación en la que se pretenda obtener indemnizaciones por responsabilidad civil derivada de lesiones, intoxicaciones, muerte [...], tendrá que inadmitir la citada reclamación

dada la literalidad del párrafo del art. 2.2 del Real Decreto.

No se puede mantener que por la mera supresión de los términos anteriormente mencionados del párrafo b) del art. 2 de la Ley y del Real Decreto, se haya de omitir la clarísima especificación de la exclusión del mencionado apartado d). Si concurren algunos de los presupuestos contemplados en el mismo no se puede entrar a dilucidar cuestiones derivadas, adyacentes, accesorias, inherentes o relacionadas con los mismos, ya que al concurrir cualquiera de los mencionados sucesos o indicios se produce la automática exclusión y por tanto la incuestionable inadmisión de la solicitud de arbitraje.

c) Gratuidad.

Difícil es tratar este tema sin herir lo más profundo del sistema, que también resulta dañado por la regulación analizada.

Hay que partir de la base de que el carácter gratuito del arbitraje venía establecido en el ap. 2 de la Disposición Adicional Primera de la Ley de 1988. Dicho carácter gratuito desaparece en la nueva Ley como se desprende del art. 21.2 de la misma, quedando por tanto derogada además expresamente por la Disposición Derogatoria Única, la anterior legislación que era el referente supletorio (ante la ausencia de norma expresa) del Real Decreto. No es sostenible el hecho de que por ser disposiciones adicionales a una ley no le afecte la derogación que con carácter general hace la ley posterior y baste acudir para ello al art. 2.2 del Código Civil que establece: *«las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado»*.

Los términos en que se expresa el Código Civil no pueden ser más claros. Su aplicabilidad al caso es absoluta, ya que el alcance de la derogación de la Ley 60/2003 es absoluto en su disposición al respecto, y por otra parte, por si fuera poco, la gratuidad preconizada por la Ley 36/1988 es radicalmente incompatible con el carácter no gratuito (salvo pacto en contrario) del art. 21 de la Ley. Desde luego las disposiciones, bien sean adicionales, transitorias o del carácter que sean forman parte de la misma ley, sin ser un cuerpo extraño a ella, por lo que seguirán la misma suerte o destino que alcance a la norma de la que son parte integrante.

Sentado ello, es obvio que la clarísima derogación íntegra de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 60/2003 alcanza desde la Exposición de Motivos hasta la última de las disposiciones de la Ley 36/1988, por lo que para evitar dudas interpretativas, se hizo conveniente introducir la cláusula de gratuidad en el documento de solicitud de arbitraje y en el aceptación del mismo por parte de la empresa.

d) Tramitación del procedimiento y laudo.

El art. 25 de la Ley de Arbitraje de 2003, establece un procedimiento más

preciso, detallado y concreto del que establecía la anterior legislación y desde luego del dispuesto en el art. 12 del Real Decreto. Regula el lugar, inicio, idioma del arbitraje, demanda y contestación, forma de las actuaciones arbitrales, los efectos de la falta de comparecencia de las partes, el nombramiento de perito y la asistencia judicial para la práctica de pruebas.

Pero antes, habrá de plantearse una vez más si realmente estos preceptos son aplicables al sistema arbitral de consumo, ya que el art. 1 de la ley establece:

«Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se hallen dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España se aparte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje».

Por otra parte es bien conocido el carácter supletorio de la ley respecto al Real Decreto. Bien es cierto que al no tener rango de ley el Real Decreto, en principio no sería una de las «*leyes especiales*» a las que se refiere el art. 1 de la ley, si bien ha de entenderse que el espíritu del legislador ha sido más que determinar el rango de ley que hayan de tener esas disposiciones especiales: se refería a aquellos arbitrajes (como el de consumo) que tienen una legislación específica y propia, es decir, especial, independientemente de su rango. No obstante, este punto de vista es discutible y puede presentar ciertas quiebras en su planteamiento. Pero en cualquier caso los arts. 12 y 13 del Real Decreto 636/1993, regulaban la tramitación del procedimiento. Si teniendo en cuenta el carácter supletorio de la ley se intenta combinar lo establecido en los mencionados preceptos del Real Decreto y los del art. 25 y ss. de la Ley, la confusión resultante vino a complicar aún más el panorama.

En una interpretación lógica, ha de necesariamente aclararse cuál de las dos era la normativa aplicable en los arbitrajes de consumo a excepción de aquellos puntos a los que en absoluto se refería el Real Decreto. Sirva de ejemplo de lo que se expone lo dispuesto en los arts. 12.3 y 13.4 del Real Decreto y 30.1 de la Ley, que sin venir a decir lo mismo dicen algo similar pero distinto, o bien los arts. 12.4 del Real Decreto y 36.1 de la Ley.

Así ha de aplicarse íntegramente el art. 12 del Real Decreto relativo al procedimiento, y solamente en aquellas cuestiones no contempladas específicamente en el mismo se podía acudir a lo dispuesto en la Ley, como es el caso del art. 28 relativo al idioma del arbitraje o al art. 33 relativo a la asistencia judicial para la práctica de pruebas.

La reconvenición pareció, en ese momento, quedar excluida del ámbito del arbitraje de consumo, opinión que no era compartida por algún sector de la doctrina y por algunas juntas arbitrales de España, pero la aceptación de esta figura en el arbitraje de consumo permitida con carácter general para los demás arbitrajes en el art. 4 c) parecía no tener cabida en nuestro sistema por varias razones.

En primer lugar el arbitraje de consumo tiene esencialmente un carácter unidireccional, y ello se infiere del propio *introito* del Real Decreto 636/1993 que proveyó dicho sistema al amparo del art. 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio,

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que encomendaba al Gobierno establecer un sistema arbitral que resolvería con carácter vinculante y ejecutivo las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios.

Con carácter más expreso lo contempla claramente el art. 2.1 de la citada norma que establece que: *«el sistema Arbitral de Consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación a sus derechos legalmente reconocidos»*. Por su parte dicha unidireccionalidad se desprendía igualmente con nitidez del art. 9.1 y ss. que se refieren a la notificación de solicitud de arbitraje al reclamado y del procedimiento arbitral propiamente dicho.

Del examen de la regulación del Real Decreto, no se podía deducir la posibilidad de la reconvención, ya que ni aparecía indiciariamente planteada como posibilidad, y, dado el carácter prioritario de esta normativa sobre la establecida en la Ley 60/2003 de carácter supletorio, habría de concluir que tal posibilidad no contaba con una mínima cobertura legal. Cabría aquí el principio general de *«que donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros»*. Precisamente algunos pretendieron deducir de esta omisión reglamentaria la posibilidad de la reconvención, al mencionarla expresamente la Ley de Arbitraje.

Frente a este argumento se esgrimió nuevamente el razonamiento anterior: si existe una normativa aplicable con carácter prioritario, gozando a su vez del carácter especial (art. 1.1 Ley 60/2003) que confiere la ley, no se podría aplicar vía supletoria una figura que parecía atentar directamente contra el espíritu, la lógica y la literalidad de los términos del citado Real Decreto 636/1993.

En segundo lugar y enlazando con la lógica-jurídica mencionada anteriormente, resultaba incomprensible que un consumidor o usuario que presentase su reclamación frente a una empresa pudiera ver cómo el procedimiento finalizaba, al haber existido una reconvención al medio, con un laudo estimatorio de la reclamación de la empresa y con la posibilidad, por tanto, vía ejecutiva, de proceder contra los bienes del consumidor inicialmente reclamante.

Admitir esto parecía atentar directamente contra lo dispuesto en la normativa mencionada anteriormente, careciendo de cualquier apoyo legislativo y, lo que es peor, crearía en el consumidor o usuario una incertidumbre angustiosa (que habría que advertir al mismo al presentar la solicitud de arbitraje) que daría al traste con el sistema inicialmente planteado para la exclusiva defensa de los consumidores y usuarios al amparo del ya referido art. 31 de la Ley 19/1984.

Y todo ello atentando contra el espíritu de dicha Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que en su art. 2.2 estableció como principio programático y de directa aplicación que *«los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado»*.

Se contra argumentaba que la inadmisibilidad de la reconvencción quebraba el principio de igualdad, ya que tal principio hace referencia al equilibrio de los derechos de defensa de las partes, proscribiendo el trato favorable a ninguna de ellas, lo cual no podía interpretarse como la atribución a una de las partes de una facultad que no tiene legalmente reconocida. A mayor abundamiento, el empresario no queda constreñido a renunciar a sus acciones contra el consumidor por haber aceptado el arbitraje, ya que su vinculación es exclusivamente a los aspectos formulados por el reclamante que podrán ser o no estimados por el correspondiente Colegio Arbitral.

Pero, ahora bien, todas aquellas pretensiones, deudas o reclamaciones que quiera formular el empresario al consumidor, podía instarlas en la vía judicial o extrajudicial, pero nunca por la vía arbitral, ya que entre otras razones se estaría conculcando el propio art. 1.2 y 3 de la Ley 19/1984 en relación con el art. 2.1 del Real Decreto.

En cualquier caso, las juntas arbitrales que venían aceptando la posibilidad de la reconvencción, habrían de proceder, para salvaguardar del supuesto principio de igualdad en el que pretenden ampararse, de la misma manera y con los mismos plazos que se establecen con carácter general. Si la reconvencción tenía lugar en el acto de la audiencia, habrá que suspender la misma y dar traslado por quince días al reclamado (consumidor o usuario) para que acepte o no el arbitraje sobre extremo planteado por el empresario reconviniente.

De no proceder así, sí que se estaría quebrantando y violentando el principio de igualdad en clarísimo detrimento del consumidor o usuario.

En otro orden de cosas, no se entiende cómo puede interpretarse para el arbitraje que se estudia el párrafo a) del art. 31 de la Ley, cuando, como es sabido, el procedimiento arbitral comienza por una demanda (llamada solicitud de arbitraje) para la que no existe plazo, y existiendo la posibilidad de que el demandante (consumidor) no concurra al acto de audiencia.

El art. 29 de la Ley contempla los requisitos que ha de reunir la demanda, es decir, hechos en que se funda, naturaleza, circunstancias de la controversia y pretensiones que formula, requisitos que parecen acertados y adecuados pero que vendrían a complementar vía supletoria la parquedad del art. 9 del Real Decreto.

Es decir, la combinación de una regulación excesivamente concisa para el arbitraje de consumo y la supletoriedad aplicable de una legislación más genérica y no concebida para este tipo de arbitraje podía llevar en la práctica a una difícil conciliación, complementación y aplicación en diversos puntos sobre extremos que en ocasiones tratan ambas normativas de forma diversa.

El art. 37 de la Ley regula el plazo, forma, contenido y notificación del laudo, recogiendo lo siguiente:

«1. Si las partes no hubieren otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29 o de expiración del plazo para

presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.

7. Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el ap. 3, dentro del mismo plazo establecido en el ap. 2.».

Este artículo pudo dar lugar a errores de interpretación, pues el plazo máximo para dictar el laudo es de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral, y ello era así por imperativo del art. 14 del Real Decreto 636/1993. Por tanto parecía preciso olvidarse del plazo de seis meses que establece el art. 37.2 de la Ley, ya que dicho artículo tiene carácter supletorio, y es evidente que aquí no cabe supletoriedad alguna dada la contundencia y claridad del mencionado art. 14. El mismo criterio habrá de aplicarse a la prórroga de dicho plazo dados los literales términos del punto 2.º del mismo precepto.

Sí fue bien recibido el art. 37.4 al referirse al carácter motivado que ha de tener todo laudo, que a pesar de darse por hecho que toda resolución que ponga fin a una controversia ha de resultar razonada y motivada, sí ha venido permitiendo el que se hayan dictado a menudo laudos sin tal requisito, provocando comprensiblemente la desazón e incompreensión de las partes en determinados casos, y todo ello en detrimento del prestigio de los distintos colegios arbitrales que de esa manera habían venido actuando.

El art. 37.6 vuelve de nuevo al tema de las costas del arbitraje y honorarios y gastos de los árbitros, de los defensores, representantes, de las partes, coste del servicio, etc., revocando con ello el carácter esencialmente gratuito de que gozaba con la anterior legislación el arbitraje.

Importantes consideraciones merece también el tema de la acción de anulación del laudo. La Exposición de Motivos de la ley explica la desaparición de la expresión «recurso», y su sustitución por la de «acción».

La primera al legislador le parece que es técnicamente incorrecta, mientras que la segunda parece adecuarse más a un proceso de impugnación de la validez del laudo.

En este aspecto, y acudiendo a la clásica definición de recurso se puede concluir que el mismo es un acto procesal de parte que posibilita un nuevo examen fáctico o jurídico de la cuestión ya resuelta y por el que se pide que se revoque o anule la resolución impugnada.

Si se parte de la base de que el laudo es una resolución o decisión que dictan los árbitros y que es susceptible de ser anulada a instancia de parte, previo examen de hecho y de derecho de la cuestión resuelta por los motivos

expresados en el art. 41 de la ley, no se puede compartir el criterio vertido en la citada exposición de motivos anteriormente mencionada.

Realmente se trata de un verdadero recurso ya que se pretende impugnar una resolución, y buena prueba de ello es el hecho de que el meritado recurso (ahora denominado acción), conforme al art. 8.5, que se interponía ante la Audiencia Provincial y no ante el Juzgado de Primera Instancia, competencia ahora atribuida tras la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 a las *Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia*.

El Título VII de la Ley trata «*De la anulación y de la revisión del laudo*», en que los motivos de anulación son similares a los contenidos en la anterior normativa, si bien cabe destacar que desapareció el motivo –como ya se ha dicho- de que el laudo se hubiere dictado fuera de plazo (art. 45.3 de la Ley de 1988), si bien ha de entenderse que queda subsumido en el art. 41.1 d) al no ajustarse a la Ley el procedimiento arbitral.

La novedad más importante ha sido la ampliación del plazo para impugnar el laudo, que pasó a ser de dos meses, (art. 41.4) frente a los diez días (plazo excesivamente breve) del art. 46.2 de la ley derogada.

También lo ha sido la sustanciación del procedimiento que tendrá lugar por los cauces del juicio verbal, si bien la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este punto sí resulta más explícita la ley al contemplar expresamente el cauce procesal adecuado, y si bien puede ser extraño encontrar el término «*demanda*», puesto que a la luz de esta Ley se trata de una acción y no un recurso (regulado parcamente en el art. 47 de la ley anterior).

Cuestión controvertida resulta la intervención de Abogado y Procurador para instar la acción de anulación. Anteriormente, en el art. 51 se establecía la preceptiva intervención de tales profesionales. Con la regulación actual, que suprime tal intervención, suscita las lógicas dudas de si será o no preceptiva la misma.

En efecto, la desaparición de la necesidad de intervenir el Abogado y el Procurador hace sospechar que el legislador había optado por suprimir dicha defensa y representación respectivamente. Esta idea estaría corroborada por el hecho de que el cauce procedimental actual del juicio verbal no requiere dicha intervención salvo que exceda la cuantía de 3.000 € (art. 23.2.1.º) y art. 31.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

No obstante, como la demanda debe presentarse conforme se establece para el juicio ordinario, regulado en el art. 399, se deduce que la intervención de los profesionales anteriormente mencionados es preceptiva, por imperativo de lo dispuesto en el art. 399.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige que «*junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del Procurador y el Abogado, cuando intervengan*»; si bien tal preceptividad u obligatoriedad tiene sus excepciones, como se deduce de la expresión

«*cuando intervengan*».

En conclusión, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 23.1 y 31.1 de la ley rituarial civil, y ante la ausencia de la necesidad de intervención de los mencionados profesionales en la nueva normativa de arbitrajes, será siempre necesaria para emprender la acción de anulación, a excepción de los supuestos en que la cuantía (si es que existe cuantía) no supere los 3.000 €, a pesar de presentarse la demanda con los requisitos del juicio ordinario, ya que el cauce procedimental escogido por la ley es el del juicio verbal.

Otro extremo que resulta importante destacar es el de la protocolización del laudo. La Ley de 1988 establecía en su art. 33 que el laudo se protocolizaría notarialmente y sería notificado de modo fehaciente a las partes, al igual que imponía dicha protocolización en su art. 36.2 para hacer constar la resolución de los extremos a que dicho preceptos se refería.

Pero, la Disposición Adicional Primera en su ap. 1 excluía la protocolización notarial del laudo, entre otros en el arbitraje de consumo. El Real Decreto 636/1993 elude tal protocolización tanto para la notificación del laudo como para la notificación de la corrección y aclaración, remitiéndose en este último caso a lo establecido en la Ley de Arbitraje.

Teniendo en cuenta que la ley actual no establece tal requisito en su título VI, ha de colegirse que desaparece a todos los efectos la necesidad de protocolizar notarialmente ninguna de las resoluciones que emanen de los colegios arbitrales.

Se puede concluir, destacando que con esta Ley de Arbitraje y respecto de la legislación anterior, la modificación no resulta muy sustancial, ya que se ha tratado más de una adecuación que de una innovación o modificación del anterior sistema.

CAPÍTULO SEGUNDO

I. EL REAL DECRETO 231/2008, DE 15 DE FEBRERO REGULADOR DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

1. Consideraciones generales

Haciendo una breve recapitulación, en el estudio del régimen jurídico del sistema arbitral de consumo, surgió la necesidad de la tan esperada reforma³²⁰, pues instaurado en nuestro Ordenamiento jurídico, por primera vez, por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), que realizaba un reconocimiento general de este sistema arbitral, contemplándolo como un método alternativo a la Jurisdicción, y posteriormente la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que introdujo dos disposiciones en la materia, estableciendo la aplicación supletoria de la misma respecto a la futura regulación reglamentaria del arbitraje de consumo y la necesaria gratuidad de este último, habilitando al Gobierno para la constitución de órganos arbitrales de consumo.

Ello hizo, como se ha dicho, que el desarrollo reglamentario del arbitraje de consumo hubiere de esperar unos años, realizándose por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, caracterizado por la parquedad en la regulación, la remisión continua a la Ley de Arbitraje y por recoger en su articulado básicamente el funcionamiento del arbitraje, tal y como se fue configurando por la experiencia piloto desarrollada por las juntas arbitrales de consumo que funcionaron entre los años 1986 y 1993.

El gran éxito que ha cosechado el sistema arbitral de consumo a lo largo de su existencia no ha impedido que los años transcurridos desde la promulgación del citado Real Decreto, junto con la aprobación de la Ley de Arbitraje de 2003, pusieran de manifiesto la necesidad de una profunda reforma del mismo, pues debe tenerse en cuenta que la estrecha vinculación existente entre la Ley de Arbitraje de 1988 y el Real Decreto 636/1993, produjo que, desaparecida la primera, fuera necesario modificar el Real Decreto.

No sólo porque éste se remitía continuamente a la derogada Ley de Arbitraje de 1988, sino también porque resultaba difícil la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje de 2003, cuando ésta se inspira en principios del arbitraje comercial internacional, cuyos objetivos no se corresponden con los

³²⁰ ESPLUGUES MOTA, DÍAZ ALABART y CASADO CERVIÑO [Vid. ESPLUGUES MOTA, C.: «Disposición adicional única», *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, coordinadora Barona Vilar, Madrid, 2004, págs. 1625 y 1626; DÍAZ ALABART, S.: «El arbitraje y la nueva Ley de Arbitraje», *Actualidad Civil*, 2005, núm. 1, págs. 1258 a 1302; CASADO CERVIÑO, A.: «El arbitraje de consumo», *Actualidad Civil*, 2006, núm. 4, págs. 389 y 390.

perseguidos en el arbitraje de consumo³²¹.

Esta necesidad se vio agudizada por la evolución acontecida en torno a la tutela de los consumidores y usuarios, marcada por las pautas establecidas por el Derecho comunitario en materia de consumo³²².

Prueba de ello se encuentra en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cuando en su disposición final quinta, habilitaba al Gobierno para que procediera a refundir en un único texto legal la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, y en su disposición final sexta preveía que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, habría de dictar una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulación que también habría de contemplar en sus preceptos el arbitraje virtual. Estas previsiones de reforma reglamentaria, así como el régimen legal general del arbitraje de consumo, se recogieron en el anunciado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que incorpora las importantes novedades legislativas introducidas por la Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, en orden a potenciar la protección del consumidor frente a la imposición de sistemas arbitrales distintos al de consumo³²³, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

³²¹ ABELLÁN TOLOSA, L.: «Arbitraje de consumo: balance y retos del siglo XXI», *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, directora Barona Vilar, Navarra, 2007, pág. 97.

³²² Recomendación 1998/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo; la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo; o la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de octubre de 2006, en la que se resuelve una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. El proceso del que trae causa la cuestión prejudicial planteada, trataba sobre la validez de una cláusula de sumisión a un arbitraje privado, cláusula considerada abusiva por parte del órgano jurisdiccional nacional que conoció de la acción de nulidad del laudo arbitral. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta Sentencia consideró que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de sumisión a arbitraje, constituye un medio idóneo, tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en el artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de las cláusulas abusivas en contratos celebrados entre un consumidor y un empresario.

³²³ En materia de consumo, los pactos de sumisión a arbitrajes distintos al arbitraje de consumo están muy limitados. Por un lado, en cuanto a las condiciones generales de la contratación o contratos con los consumidores que utilizan cláusulas no negociadas individualmente, la Ley de Arbitraje señala que si el convenio arbitral está estipulado en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato, (art. 9.2). En este contexto, el

Así, la previsión del arbitraje de consumo virtual y la posibilidad de encomendar el arbitraje de consumo a un órgano arbitral unipersonal. Sin embargo, en cuanto a la configuración jurídica del sistema arbitral, mantiene esencialmente los parámetros ya establecidos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Es este, el marco jurídico, en el que se dictó el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que entró en vigor el 25 de agosto de 2008, salvo los artículos 25 y 27, que lo hicieron el 26 de febrero. El ámbito material de aplicación de este Real Decreto se circunscribe, únicamente, a la organización del sistema arbitral de consumo y su procedimiento, que en su art. 5, señala que *«el sistema arbitral de consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores y usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor»*, quedando excluida toda regulación de la mediación en materia de consumo (arts. 1.1 y 38.2).

Esto ha sido así, porque se ha tenido en cuenta que las Comunidades Autónomas tienen competencia para establecer procedimientos de mediación³²⁴. En virtud de esta competencia autonómica, el Gobierno ha preferido obviar toda regulación de la misma, limitándose a regular el arbitraje (Exposición de Motivos del RD 231/2008).

Si bien, el Real Decreto 231/2008 no desconoce el papel que tiene la mediación dentro del procedimiento arbitral de consumo³²⁵, tanto es así, que la ordena como una fase inicial del procedimiento arbitral, que sólo quedará exceptuada por oposición expresa de cualquiera de las partes, correspondiendo al secretario de la junta arbitral de consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta (art. 38.1 y 3). Y ello, porque el intento de mediación suspende el plazo para laudar, por un período que no podrá superar un mes, a contar desde el día en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias considera cláusula abusiva a la que establece la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucional creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1). El que se considere una cláusula abusiva, como no puede ser de otro modo, va a implicar su nulidad absoluta, debiendo entenderse por no puesta.

³²⁴ En este sentido el art. 106 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por la LO 6/2006, de 19 de julio), el art. 58.2.4.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo), o el art. 71. 26.ª del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril).

³²⁵ La memoria del período 2004-2006, ofrecida por el Instituto Nacional de Consumo, para constatar tal realidad. Desde dicha memoria se comienza a percibir el progresivo crecimiento de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos entre el consumidor y el empresario. En el año 2004 del total de reclamaciones presentadas ante las juntas arbitrales de consumo, el 20,76% fueron resueltas mediante la mediación y el 79,24% a través de un laudo. En 2005, el 40,53% se resolvieron mediante la mediación y el 59,45% mediante un laudo. Y, en el año 2006, el 52,26% se resolvieron mediante mediación y el 47,73% mediante laudo.

arbitral (art. 49.2).

Por otra parte, quedan al margen del arbitraje de consumo otros arbitrajes especiales, como son el arbitraje de seguro privado, transportes, comercialización de servicios financieros³²⁶, sin perjuicio de que las normas especiales que los establecen puedan remitir al arbitraje de consumo³²⁷.

En este aspecto, las juntas arbitrales de consumo podrán asumir la gestión y administración de esos arbitrajes sectoriales distintos al arbitraje de consumo, siempre que su gestión y administración haya sido encomendada, legal o reglamentariamente, a una Administración Pública (art. 63 RDAC), siendo el procedimiento a seguir en esos arbitrajes especiales será el estipulado en la norma sectorial que resulte de aplicación (art. 64 RDAC).

Este Reglamento recoge importantes novedades en aspectos sustantivos, organizativos y procedimentales. Desde un punto de vista sustantivo, por un lado, aclara aspectos tan trascendentales como el ámbito material del arbitraje de consumo, que había sido objeto de controversia tanto en la doctrina como en las propias juntas arbitrales de consumo, zanjando la polémica existente en torno a la posibilidad de que el empresario pueda formular reconvencción en el arbitraje de consumo.

Por otro lado, manteniendo el antiformalismo que caracteriza el sistema arbitral de consumo, ha venido a establecer con claridad los requisitos mínimos de la solicitud de arbitraje (así, el artículo 34 dispone que los consumidores y usuarios deberán identificarse e identificar al reclamado, indicando un lugar a efectos de notificaciones. Habrán de describir los hechos que motivan la controversia, exponiendo de forma concisa las pretensiones del reclamante, la fecha, el lugar y la firma), extremo éste de gran importancia, pues incide en el objeto de cada concreto procedimiento arbitral, sirviendo de parámetro para determinar si el laudo ha sido congruente con las peticiones de las partes, y permitiendo a los presidentes de las juntas arbitrales decidir sobre la admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje, ya que ésta puede proceder de la inarbitrabilidad de la materia objeto de arbitraje, de la falta de fundamento de la

³²⁶ La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la Ley 22/2007, de 11 de julio, dispone: «1. El proveedor y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral de Consumo, o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores que respeten los principios establecidos por la normativa comunitaria, así como a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección a los clientes de servicios financieros».

³²⁷ El artículo 61 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados señala: «1. Los conflictos que puedan surgir entre tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los Jueces y Tribunales competentes. 2. Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y normas de desarrollo de la misma. 3. En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impide, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de Arbitraje».

solicitud o de no apreciarse en las alegaciones contenidas en aquélla, afectación de los derechos y legítimos intereses de los consumidores (art. 35).

En cuanto a la forma de presentar la solicitud, se permite la presentación por vía electrónica o cualquier otro medio, y se incorpora la posibilidad de que las juntas arbitrales de consumo dispongan de impresos normalizados para facilitar tanto la solicitud de arbitraje como la contestación a la solicitud.

Desde el punto de vista organizativo, el Real Decreto 231/2008 crea dos nuevos órganos: la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo estará integrada por un presidente y dos vocales, designados por un período de dos años, por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, de entre los presidentes de las juntas arbitrales territoriales. Esta Comisión será asistida por dos árbitros designados por un período de dos años por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, de entre los árbitros propuestos por los representantes en dicho órgano del Consejo de Consumidores y Usuarios y de diversas organizaciones empresariales y profesionales, mientras que el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo estará constituido por el presidente, el vicepresidente y 20 consejeros integrados por representantes de la Administración General del Estado, de las juntas arbitrales de consumo y de las organizaciones sociales).

Con la creación de ambos órganos se persigue garantizar el funcionamiento homogéneo del sistema, aumentando la seguridad jurídica de las partes. A la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, entre otras, se le encomienda la resolución de los recursos administrativos frente a las resoluciones de admisión o inadmisión de solicitudes de arbitraje dictadas por los presidentes de las juntas arbitrales³²⁸.

Al Consejo General del Sistema Arbitral, entre otras atribuciones, se le encomienda el establecimiento de criterios generales del funcionamiento del sistema.

Con esta misma finalidad se establecen criterios claros sobre la competencia territorial de las distintas juntas arbitrales que integran el sistema arbitral de consumo, estableciéndose al efecto criterios subsidiarios de distribución de la competencia. Y, se apuesta por las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo sin limitación, mediante la restricción de los supuestos en los que se pueden realizar ofertas públicas limitadas y el establecimiento de un régimen de autorización distinto según se trate de una oferta pública limitada o no (art. 26), creando un distintivo específico para las ofertas públicas limitadas, con el objeto de permitir al consumidor conocer de antemano la existencia de limitaciones y evitar la competencia desleal en el uso del distintivo de adhesión al sistema.

³²⁸ Este recurso administrativo encuentra cobertura legal tanto en la Ley de 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios como en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Aunque en ambos textos legales se prevé que el recurso se sustanciará ante la Junta Arbitral Nacional.

Por otra parte, el RDAC perfecciona la regulación de los órganos a los que se le encomienda la resolución del conflicto, instaurando un sistema de acreditación de árbitros regido por los requisitos de honorabilidad y cualificación. El establecimiento de este sistema se encomienda al Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (art. 17).

Se introduce igualmente, la figura del órgano arbitral unipersonal, al que le corresponderá el conocimiento de los asuntos de escasa cuantía y complejidad (asuntos de una cuantía inferior a 300 €), dándose prioridad a la autonomía de la voluntad, puesto que las partes pueden encomendar la resolución del conflicto, aun en estos supuestos, a un órgano arbitral colegiado.

Finalmente, el Real Decreto 231/2008 crea *ex novo* dos procedimientos arbitrales: el arbitraje de consumo electrónico y el arbitraje de consumo colectivo. Así pues, el sistema arbitral de consumo contará con tres procedimientos distintos: un procedimiento que se puede calificar como «ordinario», entendiendo por tal el procedimiento tradicional, mediante el cual el consumidor formula reclamaciones individuales; un procedimiento electrónico, entendiendo por tal el que se sustancia íntegramente por medios electrónicos; y un procedimiento de arbitraje de consumo colectivo, mediante el cual en un sólo procedimiento se podrán unificar todas las reclamaciones individuales de los consumidores que, basadas en un mismo presupuesto fáctico, se dirijan frente a un mismo empresario o profesional.

La nueva norma completa las lagunas y corrige las deficiencias del derogado RD 636/1993, introduciendo criterios de racionalidad económica que aseguran la supervivencia del arbitraje de consumo.

El Boletín Oficial del Estado del 25 de febrero de 2008, publicó el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC), que deroga el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo. De este modo el Gobierno dio cumplimiento, con apenas dos meses de retraso, a lo previsto en la DF 6.^a de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que concedía un plazo de un año desde la entrada en vigor de la citada ley para dictar una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual. El Instituto Nacional de Consumo (INC) elaboró un Borrador de regulación de mediación y arbitraje de consumo, que fue presentado al Grupo de Trabajo de Arbitraje constituido por el INC.

Este Grupo, después de varias reuniones y de haber introducido importantes modificaciones, acordó un texto definitivo de Borrador de Regulación en junio de 2006. En marzo de 2007 se presentó un primer Proyecto de Real Decreto, al que siguió un segundo en diciembre de 2007³²⁹.

³²⁹ Este segundo Proyecto fue sometido a dictamen del consejo de Estado, que fue aprobado el 24 de enero de 2008 (expediente 2526/2007).

El RD 231/2008, que consta de sesenta y cuatro artículos (divididos en cinco Capítulos)³³⁰, cuatro Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria, y cuatro Disposiciones finales. Se trata, por tanto, de un texto normativo mucho más extenso que el ya derogado RD 636/1993, que constaba sólo de diecisiete artículos.

Es evidente que el arbitraje de consumo constituye en nuestro país un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos entre empresarios y consumidores, habiendo sabido las Administraciones Públicas, atraer a los empresarios al arbitraje de consumo, creciendo cada año el número de controversias resueltas.

Sin embargo, los operadores jurídicos habían venido poniendo de manifiesto que el RD 636/1993, muy útil en la fecha de su promulgación, precisaba de una profunda reforma. En primer lugar, existían cuestiones mal resueltas por el RD 636/1993 o, lo que era todavía más frecuente, a que existían aspectos no regulados en esa norma, que la práctica venía demostrando que precisaban de tratamiento jurídico. En efecto, el transcurso de los años y la aplicación por las Juntas Arbitrales (JA) y los colegios arbitrales del RD 636/1993 con lo que la normativa previa había quedado desfasada o precisaba ser mejorada o completada.

En segundo lugar, a que la aplicación supletoria de la Ley 60/2003, de Arbitraje, al arbitraje de consumo resultaba complicada, o al menos perturbadora. En muchos ámbitos la aplicación supletoria de esta ley no resulta nada fácil.

Ello se debe a que la Ley de Arbitraje toma como fiel referente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), de 21 de junio de 1985. Y las reglas y principios que inspiran el arbitraje comercial internacional son, en algunos extremos, poco adecuadas para un arbitraje especial -el de consumo- fundado en los principios de gratuidad y accesibilidad. Lo cierto es que existe una estrecha vinculación entre la Ley de Arbitraje de 1988 y el RD 636/1993, hasta el punto de que muchos de los preceptos de este Real Decreto son una mera reproducción de la Ley de Arbitraje.

Por estas razones el nuevo RDAC, indica en su Exposición de Motivos, que se mantienen las características esenciales del arbitraje de consumo (arbitraje

³³⁰ El Capítulo I (Disposiciones generales) comprende los arts. 1 a 4. El Capítulo II (Organización del Sistema Arbitral de Consumo), que abarca los arts. 5 a 23, se divide en cuatro Secciones, que versan, respectivamente, sobre las Juntas Arbitrales de Consumo (arts. 5 a 8), la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (arts. 9 a 11), el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (arts. 12 a 15), y los Órganos Arbitrales (arts. 16 a 23). El Capítulo III trata del convenio arbitral (arts. 24 a 32), y el IV del procedimiento arbitral (arts. 33 a 50). Por último, el Capítulo V regula el arbitraje de consumo electrónico (Sección 1ª, arts. 51 a 55), el arbitraje de consumo colectivo (Sección 2ª, arts. 56 a 62), y la posibilidad de que las Juntas Arbitrales de Consumo sirvan de soporte administrativo de otros arbitrajes (Sección 3ª, arts. 63 y 64).

voluntario, gratuito, rápido, sin formalidades excesivas, unidireccional, y de equidad, salvo que se pacte el arbitraje de derecho).

Pero se introducen las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y dar homogeneidad al sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas y consumidores.

Se trata, por tanto, de un instrumento normativo destinado a fortalecer y consolidar el arbitraje de consumo en nuestro país, que pretende también garantizar su rapidez, eficacia y antiformalismo (por eso se contempla el arbitraje electrónico).

El RDAC, persigue también otro loable fin: imponer en el arbitraje de consumo criterios de racionalidad económica que aseguren su supervivencia, para evitar que el sistema pueda «morir de éxito». El arbitraje de consumo es gratuito, y la gratuidad va a seguir siendo uno de los rasgos básicos de este arbitraje (a pesar de no imponerlo así la Ley)³³¹. En efecto, el principio de gratuidad viene consagrado en el art. 41.1. Sin embargo, deben establecerse determinados mecanismos para conseguir que el arbitraje de consumo sea menos costoso. Al igual que sucedía bajo el RD 636/1993 (art. 13.2 y 3), las pruebas propuestas por las partes las deben costear ellas mismas; y las pruebas acordadas de oficio deberán ser sufragadas con fondos públicos (art. 45.3).

En este ámbito, se ha observado como en muchas ocasiones las partes comunican al colegio la posibilidad de practicar cierta prueba, y es el propio colegio quien la acuerda de oficio, con las consecuencias económicas que de ello se derivan.

Tampoco es inusual que el coste de las pruebas periciales resulte desproporcionado en relación con el interés de la reclamación, o que los árbitros soliciten dictámenes periciales, basando la decisión adoptada en el laudo exclusivamente en el resultado del informe pericial, sin realizar ningún otro tipo de reflexión.

En este marco, parece razonable exigir al colegio arbitral que actúe con mayor contención, exigiendo de oficio la práctica de pruebas únicamente en aquellos casos en que resulte absolutamente necesario. El nuevo RDAC parece asumir esta tesis, al establecer que el órgano arbitral podrá proponer de oficio las pruebas complementarias «*que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia*» (art. 45.1).

Además, el Real Decreto contiene algunas previsiones que pretenden hacer un uso más racional del arbitraje de consumo. Así, el Presidente de la Junta Arbitral, una vez recibida la solicitud de arbitraje, lo primero que debe hacer - después de examinar su propia competencia territorial- es resolver sobre su admisión a trámite. Y podrá acordar la inadmisión de las solicitudes de arbitraje

³³¹ En efecto, ni en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobada por Real-Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), ni en la Ley de Arbitraje de 2003 establecen que el arbitraje de consumo tenga que ser gratuito.

que «resulten infundadas» (se trata de aquellas reclamaciones en las que desde el principio se advierte con claridad que carecen de cualquier fundamento), y aquéllas «*en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores*» (art. 35.1).

El Proyecto de Real Decreto, de marzo de 2007, añadía una tercera causa de inadmisión: aquellas reclamaciones «*de cuantía insignificante, en las que tal afectación de derechos económicos sea insignificante*» (art. 23.1 del Proyecto).

De este modo se pretendía excluir del arbitraje de consumo las pequeñas reclamaciones, bajo el argumento de que el interés de protección del consumidor es ínfimo en comparación con el coste que tiene la puesta en marcha y funcionamiento de la vía arbitral. Finalmente esta tercera causa de inadmisión no pasó al texto definitivo del Real Decreto.

Por otra parte, con la misma finalidad de ahorro de costes se prevé que el órgano arbitral podrá ser unipersonal (art. 19).

El régimen jurídico del arbitraje de consumo se contiene -como se ha dicho- en los arts. 57 y 58 de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Real-Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y en el Real Decreto 231/2008. Pero conviene recordar que, en lo no previsto en este Real Decreto, será de aplicación la Ley 60/2003, de Arbitraje (art. 3.1 RDAC), que es, por tanto, de aplicación supletoria³³².

En algunas ocasiones el RDAC remite de manera expresa a determinados preceptos de la LA, cuya aplicación es indubitada; así sucede en los arts. 19.3, 33.3 y 48.1³³³. Fuera de estos supuestos, se aplicarán al arbitraje de consumo aquellos preceptos de la Ley de Arbitraje que regulen un aspecto no previsto en el RDAC, siempre que ese precepto no afecte a principios esenciales del arbitraje de consumo³³⁴. Adviértase, además, que algunos preceptos del RDAC constituyen una mera copia de la LA (por ejemplo, arts. 42.3, 47, 48.3, 49.1).

³³² Así se establece, también, en el art. 1.3 y en la Disposición Adicional Única de la Ley 60/2003.

³³³ El art. 19.3 RDAC declara aplicable el art. 19 LA, relativo a la falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones arbitrales. El art. 33.3 remite a la LA para determina cuándo el arbitraje tiene carácter internacional, y el art. 48.1 dispone que la forma y contenido del laudo se rigen por la LA.

³³⁴ DÍAZ ALABART, S., «El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje», *Act. Cív.*, 2005-1, págs. 1292. Así se deduce de la Exposición de Motivos de la LA (apartado II.4): «esta ley pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad».

2. Objeto y ámbito de aplicación del arbitraje de consumo

A grandes rasgos, el sistema arbitral de consumo se define como «*el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores y usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor*» (art. 1.2).

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 LGDCU, habrá que estar a los conceptos de «*consumidor*» y «*empresario*» de los arts. 2 y 4 LGDCU.

En cualquier caso, el arbitraje de consumo sólo puede conocer de las controversias que tienen su origen en un acto de consumo; esto es, las que relacionan a un empresario y a un consumidor mediante un contrato, en virtud del cual éste adquiere un bien o un servicio de aquél. Por eso, no puede haber arbitraje de consumo cuando un particular vende su vehículo, ya usado, a una empresa.

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, en idénticos términos que el art. 2.1 LA).

Desaparecen, pues, como materias excluidas, las señaladas en el viejo art. 2.2 del RD 636/1993, que tantos problemas interpretativos habían provocado. 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 LGDCU). La exclusión alcanzará a la responsabilidad civil por daños y perjuicios directamente derivados de estos hechos (art. 2.2).

Fuera de los casos del art. 2.2, es claro que los daños contractuales son materia arbitrable; incluso los daños contractuales de tipo secuencial derivados de la adquisición de bienes o servicios (v. gr., daños causados en la persona o bienes del consumidor comprador, distintos del bien de consumo). La norma no aclara, sin embargo, si son arbitrales las controversias que tienen un origen no contractual (en particular, los daños causados en bienes de terceros por productos defectuosos o los daños extracontractuales). La respuesta ha de ser negativa, pues el arbitraje de consumo sólo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo (art. 24.1.I), y éstas, por definición, se caracterizan por su origen contractual³³⁵.

Tampoco se refiere el RDAC a si es posible ejercitar por vía arbitral una acción de cesación.

³³⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas», *RDP*, 2006, n.º 90, págs. 11 y ss.

En definitiva, el ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo, sea cual sea el procedimiento arbitral en cuestión, viene determinado por lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Real Decreto 231/2008, que disponen que únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos surgidos entre los consumidores y usuarios y las empresas o profesionales, en relación con los derechos que legal o contractualmente se reconocen al consumidor, siempre que estos conflictos versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

Así, el ámbito de aplicación del arbitraje de consumo viene determinado por dos criterios concurrentes: un criterio subjetivo y otro objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, una de las partes del conflicto, el reclamante, ha de ser el consumidor, y la otra, el reclamado, la empresa o profesional que suministra un bien o servicio. La delimitación subjetiva del ámbito del arbitraje de consumo, desde su implantación, suscitó grandes debates en torno a dos cuestiones: por un lado, la unidireccionalidad del arbitraje de consumo y la posible desigualdad de las partes del conflicto que conlleva aquélla, y por otro, los estrechos márgenes del concepto legal de consumidor.

Ambas cuestiones se han aclarado en la regulación vigente. La primera cuestión ha encontrado solución en el Real Decreto 231/2008, que permite al empresario introducir, en cualquier momento antes de la finalización del trámite de audiencia, una pretensión directamente relacionada con la inicialmente ejercitada por el consumidor-reclamante.

De este modo, el Real Decreto diluye el carácter unidireccional del arbitraje de consumo, porque aunque el procedimiento arbitral de consumo ha de desencadenarse necesariamente a instancia del consumidor, el empresario puede introducir una pretensión conexas con la inicialmente ejercitada por el consumidor. Este reconocimiento expreso zanja de forma definitiva la polémica doctrinal sobre la admisión de la reconvencción en el arbitraje de consumo (art. 43).

Al amparo del RD 636/1993 la doctrina se manifestó tanto a favor como en contra de la reconvencción. Así, a favor de la reconvencción se alegaba la salvaguarda del principio de igualdad de las partes, que estaba reconocido en el artículo 10 del Real Decreto 636/1993. En este sentido, se señalaba que de no aceptarse la reconvencción, se produciría la indefensión del empresario al no poder presentar una contra-reclamación directamente relacionada con la petición del consumidor. Además, se señalaba que el laudo ha de fundamentarse en la realidad de los hechos y, por ello, ha de adoptar una resolución justa y equilibrada con los intereses contrapuestos³³⁶.

³³⁶ MUERZA ESPARZA, J. (con otros): «Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo», *El sistema arbitral de consumo*, Directores Quintana Carlo y Bonet Navarro, Navarra, 1997, págs. 68 y 69; ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, 1999, pág. 50; DÍAZ ALABART. S.: «El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje», op.cit., págs. 1285 a 1302.

En contra de la reconvencción, se alegaba que, de aceptarse, el arbitraje podría concluir con la declaración de la responsabilidad de quien inició el arbitraje y, con la posibilidad, por tanto, por la vía ejecutiva, de proceder contra los bienes del consumidor inicialmente reclamante. Circunstancia ésta, que atentaría gravemente contra el espíritu de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³³⁷.

Planteada la reconvencción, los árbitros únicamente podrán inadmitirla si versa sobre materia no susceptible de consumo o si no existe conexión entre la pretensión inicialmente ejercitada por el consumidor y la introducida por el empresario. Admitida la reconvencción, y al objeto de salvaguardar los principios de igualdad y contradicción, el órgano arbitral deberá dar traslado al consumidor para que la conteste.

Por lo que respecta a los estrechos márgenes del concepto de consumidor, el Real Decreto no define qué se entiende por consumidor, puesto que parte de la delimitación que de tal concepto realiza la legislación general sobre consumo. No obstante, y a los efectos que aquí interesan, se ha ampliado su delimitación, incluyéndose a toda persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias). Con esta definición queda fuera de toda duda que las personas jurídicas pueden hacer valer sus derechos como consumidores por la vía del arbitraje de consumo, cuando en una relación jurídica concreta adquieren un bien o servicio³³⁸.

Por lo que se refiere al empresario, por tal se entiende a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de una actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada (art. 5 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

Como se ha dicho, desde el punto de vista objetivo, el arbitraje de consumo habrá de ir referenciado a las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios, que estén en relación con sus derechos legal o contractualmente reconocidos. El ámbito material del arbitraje de consumo tiene como presupuesto la existencia entre las partes de una relación de Derecho privado, dirigida a la adquisición, utilización o disfrute de bienes y servicios, suministrados por una empresa, profesional o Administración. Al tiempo que ha de referirse a los derechos reconocidos por las normas generales de consumo, o mejor dicho, a las acciones que con respecto a tales derechos las normas reconocen a los consumidores.

³³⁷ LA MONEDA DÍAZ, F.: «La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el sistema arbitral de consumo», *La Ley*, 2004, Tomo III, págs. 1779 a 1180.

³³⁸ Esta posibilidad había sido negada por el Tribunal Supremo (vid. la sentencia (Sala 1.ª) de 21 de septiembre de 2004. Aunque en algunas resoluciones aisladas la jurisprudencia menor reconociera la condición de consumidor a las personas jurídicas (vid. la SAP de Guipúzcoa (Sección 3.ª) de 12 de junio de 2000 en la que se reconoce como consumidor final, a efectos de admisión del arbitraje de consumo, a la Cruz Roja, al no tener ésta una finalidad lucrativa.

Entre estos se incluye el crédito al consumo reconocido en el art. 24 de la Directiva 2008/48/CEE que prevé el recurso a la resolución extrajudicial, y que es recogido en el art. 35 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, acoge esta posibilidad de resolución de los conflictos que surjan entre el consumidor y el prestamista o intermediario de crédito al disponer que *«El prestamista, el intermediario de crédito y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquellos al Sistema Arbitral del Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos en la normativa europea, así como los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros, en la medida en que el prestamista o el intermediario de crédito estén sometidos a los mecanismos previstos en ella»*, sin que se trate de un arbitraje especial, y que previsiblemente será de escasa utilización, y siguiendo a ESPIN ALBA³³⁹ «por la desconfianza de los empresarios y de los propios consumidores en que pueden encontrar garantías suficientes para la tutela de sus intereses al margen de los procedimientos judiciales [...] pues desde la perspectiva del empresario el arbitraje de consumo se presenta como un medio de garantía de la defensa de los intereses de los consumidores [...] en el discurso de las técnicas de orden público de protección destinadas a restablecer el equilibrio de las partes en la contratación, evitando que la parte más débil desde un punto de vista económico, se vea abocada a pactar extremos dañinos a sus intereses»,

En cuanto al tipo de acciones que pueden ejercitarse mediante el arbitraje de consumo, no toda acción en materia de consumo es susceptible de ser ejercitada mediante este tipo de arbitraje, porque únicamente podrá ser objeto de arbitraje la materia de libre disposición conforme a derecho. Además, han de quedar extramuros del arbitraje de consumo, las materias dispositivas que estén indisolublemente unidas con otras no dispositivas³⁴⁰. Ello obliga a insistir sobre qué materias de consumo las partes no tienen poder de disposición, por ser materias de Derecho necesario, esto es, al estar regidas por un interés público. Ya es sabido que las partes no tienen poder de disposición sobre el ilícito penal, pues el *ius puniendi* es de titularidad estatal.

³³⁹ ESPIN 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 del Ministerio de Justicia*, Año LXVII. BMJ núm. 2160. Noviembre 2013. Proyecto de investigación «*Revisión del Derecho Contractual Europeo y Derecho de los Consumidores*».

³⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1) de 23 de marzo de 2004, en la que se desestima un recurso de nulidad frente a un laudo arbitral por la existencia de un delito de estafa, por entender que la prejudicialidad penal y la prohibición de someter la cuestión al arbitraje de consumo afectaría a las personas denunciadas en las diligencias penales, pero no a Telefónica ni a los usuarios perjudicados, porque lo que se somete a arbitraje es la anulación de los cargos impagados a Telefónica por unas llamadas efectuadas a un número 906, perteneciente a otra empresa, a la que se le imputa el delito de estafa. En igual sentido, vid. la SAP de Murcia (Sección 4) de 30 de enero de 2004 y la SAP de Zaragoza (Sección 2) de 11 de octubre de 2006.

Quedan, por tanto, al margen del arbitraje de consumo los delitos o las faltas que se puedan cometer en materia de consumo, como son, por ejemplo, los delitos cometidos contra la salud pública (art. 359 y ss. CP) o las estafas (art. 248 y ss. CP).

Pero además, se excluyen un conjunto de materias de Derecho administrativo. *Grosso modo*, quedan excluidas las obligaciones derivadas del establecimiento de servicios públicos³⁴¹.

En particular, quedan excluidas las reclamaciones de los consumidores que tengan por objeto el acceso a tales servicios, en especial a la red de servicio público de telefonía fija, no así las cuestiones que surjan entre los abonados y el operador sobre su servicio o funcionamiento, que sí podrán ser objeto de arbitraje, al ser materia plenamente dispositiva³⁴².

También han de quedar excluidos de arbitraje los conflictos derivados de la fijación de tarifas públicas, como son el precio de los transportes públicos, puesto que la fijación de tales tarifas le corresponde en exclusiva a la Administración Pública³⁴³.

Por lo que refiere a la acción civil *ex delicto*, aunque nada impide el ejercicio de esta acción en el ámbito del arbitraje ordinario, al amparo del tenor literal del Real Decreto 636/1993 fue muy discutida su admisión en el ámbito del arbitraje de consumo. Esta norma, al delimitar negativamente el ámbito del sistema arbitral de consumo, no sólo se refería a la enumeración de las exclusiones contempladas en la Ley de Arbitraje de 1988, esto es, a las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, a las materias indisolublemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición, y a las cuestiones en las que debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes no pueden actuar por sí mismos, sino que añadía una exclusión más, las cuestiones en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.

Ello llevó a la doctrina a cuestionarse si se agregaba una exclusión específica para el arbitraje de consumo, o si esta exclusión quedaba absorbida por lo que establece la Ley de Arbitraje para el arbitraje ordinario.

³⁴¹ Por lo que refiere al servicio postal universal, ha de tenerse en cuenta el artículo 5.4 de la Ley 24/1998, en el que se señala la posibilidad de sumisión a arbitraje de las materias atinentes al servicio postal universal. El conocimiento de estas materias le corresponderá a las Juntas arbitrales de consumo, y sólo cuando las controversias suscitadas entre los operadores de los servicios postales y los usuarios no hayan sido sometidas al arbitraje de consumo, podrá entrar a resolver el órgano del Ministerio de Fomento que se determine reglamentariamente (art. 5.5). En este aspecto, vid. la SAP de Burgos (Sección 3) de 14 de diciembre de 2005 que considera materia disponible para las partes la forma de entrega de los servicios postales.

³⁴² SAP de Asturias (Sección 5) de 30 de septiembre de 2003; la SAP de Barcelona (Sección 14) de 2 de julio de 2004; la SAP de Tarragona (Sección 3) de 3 de enero de 2005; y SAP de Almería (Sección 3) de 2 de noviembre de 2006.

³⁴³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español de arbitraje de consumo*, op.cit., pág. 72.

Esta última postura doctrinal partía del presupuesto de que los supuestos a los que se refiere son ejemplos claros de materias indisponibles, al constituir tipos punibles, siendo la acción civil *ex delicto* materia disponible, por ello, materia arbitrable³⁴⁴, en tanto que la primera postura consideraba que era intención del legislador incorporar algo nuevo a la exclusión de la materia indisponible, esto es, al ilícito penal.

En este sentido, se concluyó que quedaba excluida del ámbito del arbitraje de consumo no sólo la acción penal constitutiva de una intoxicación, de una lesión o de una muerte, sino también la acción civil dimanante de tales delitos³⁴⁵. Esta duda ha quedado definitivamente resuelta por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y por el Real Decreto 231/2008. En efecto, si el primero de los Textos citados sanciona que «*el Sistema Arbitral de Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios a través del cual [...] se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito*» (art. 57.1).

Y, el segundo Texto, aclara que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por los daños y perjuicios directamente derivados de ellos, esto es, expresamente se refiere a la acción civil *ex delicto* (art. 2.2)³⁴⁶.

Teniendo presentes todas las consideraciones anteriores, se puede afirmar que la responsabilidad que puede actuarse en el ámbito del arbitraje de consumo es de naturaleza contractual, por lo menos en cuanto a su origen. Así pues, puede ser objeto de arbitraje la acción de condena al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la culpa contractual, no así, la acción de condena deriva de la culpa extracontractual³⁴⁷.

Pues, como observa CARRASCO PERERA, nadie es propiamente consumidor frente a los daños extracontractuales, y la protección que depara el Ordenamiento jurídico en estos supuestos no deriva de la condición de

³⁴⁴ DÍAZ ALABART, S.: «Tribunales de Consumo», Estudios sobre el Derecho de Consumo, Bilbao, 1991, pág. 132; y CASAS VALLES, R. (con otros): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por Rodrigo Bercovitz y Javier Salas, Madrid, 1992, pág. 782.

³⁴⁵ MUERZA ESPARZA, J.: «Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo», *El sistema arbitral de consumo*, op. cit., pág. 74; y ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: «El Sistema español de arbitraje de consumo», op. cit., págs. 84 a 87.

³⁴⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas», *RDP.*, 2006, núms. 9/10, págs. 11 y 12.

³⁴⁷ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), de 26 de junio de 1999, y SSAP de Almería (Sección 3) de 15 de abril de 2006.

consumidor³⁴⁸.

Por lo que refiere al ejercicio de otro tipo de acciones civiles en materia de consumo, como es la acción de cesación, entendiendo por tal la acción dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en las conductas contrarias a las normas de consumo o a los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, y a prohibir su reiteración futura (v. gr. art. 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias)³⁴⁹; a pesar de considerarse materia de consumo, parece que no será viable la sumisión a arbitraje, porque el ejercicio de tal acción está informado por un interés que si no es público, al menos es general. En este aspecto, basta con observar quiénes ostentan legitimación activa para el ejercicio de esta acción, para concluir su inarbitrabilidad.

Esta acción podrá ejercitarse no sólo por las asociaciones de consumidores y usuarios, sino también por órganos públicos, como el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o, el Ministerio Fiscal. El reconocimiento de legitimación a estos sujetos, unido al carácter imprescriptible que se predica de la acción de cesación (arts. 54.1 y 3 y 56 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias), hace concluir que en el ejercicio de esta acción el principio dispositivo está muy atenuado; por ello, no será viable acudir al arbitraje.

Ya se ha señalado que el arbitraje de consumo se concibe para el ámbito exclusivo de los derechos individuales, no así para los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. Ello se deduce del artículo 34 del Real Decreto 231/2008, en el que se señala que los consumidores y usuarios que consideren vulnerados sus derechos reconocidos, legal o contractualmente, podrán presentar solicitud de arbitraje, esto es, únicamente reconoce legitimación ordinaria basada en la titularidad de un derecho o un interés.

Ello, en principio, excluiría la solicitud de arbitraje por un consumidor en defensa de un interés colectivo o un interés difuso. Pero, además, excluye que las asociaciones de consumidores y usuarios presenten una solicitud de arbitraje en defensa de tales intereses.

Así ha sido puesto de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 2003, en la que se discutía si un consumidor individual puede ejercitar una acción colectiva, en la que textualmente se

³⁴⁸ CARRASCO PERERA, A: (con otros): «Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo», en el *Arbitraje de Consumo*, Editor Florensa I Tomás, Valencia, 2004, pág. 97. En contra, CASADO CERVIÑO sostiene la arbitrabilidad de la responsabilidad extracontractual cfr. CASADO CERVIÑO, A. (con otros): «El arbitraje de consumo», *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinadores Martín Muñoz y Hierro Anibarro. Madrid, 2006, pág. 927.

³⁴⁹ SAMANES ARA, C.: «El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios», *AC*, 2004, núm. 2, págs. 2143 a 2153.

señala: «*la materia objeto del laudo excede el objeto posible de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.2 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, en relación con el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje, que expresamente establecen que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo (ni en general de arbitraje cualquiera que sea su clase), entre otras, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. Y precisamente una acción colectiva no puede someterse a decisión de los árbitros puesto que ello sólo es posible sobre, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, y resulta evidente que no pueden disponer de los derechos colectivos o como lo denomina el legislador de los intereses difusos que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas*».

Esta acción ha de entenderse excluida de arbitraje de consumo, por más que el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconozca a las asociaciones de consumidores y usuarios legitimación activa en el proceso civil (art. 11.2 y 3)³⁵⁰. Y ello, porque las asociaciones de consumidores y usuarios no ejercitan la acción en defensa de un derecho propio, sino en defensa de un derecho ajeno (legitimación extraordinaria). Por esta misma razón, el ejercicio de esta acción en el proceso civil produce el efecto de cosa juzgada respecto de las acciones individuales que representan (art. 222.3 LEC). Por ello, los consumidores individuales pueden personarse y actuar como parte en el proceso iniciado por las asociaciones de consumidores y usuarios, al tiempo que, cumplidos unos requisitos, pueden solicitar la ejecución de la sentencia de condena obtenida por aquéllas (art. 519 LEC).

El ejercicio de este tipo de acciones no es posible mediante el procedimiento arbitral de consumo, no sólo porque éste no ofrece las garantías de publicidad que ofrece el proceso civil, o porque el arbitraje debe recaer necesariamente sobre materia dispositiva, no pudiendo afectar al orden público ni a los intereses de terceras personas (arts. 2. LA y 6.2 CC), sino también por la dificultad que puede surgir en relación con la extensión subjetiva de los efectos del laudo de condena.

Ello no ha impedido, que por economía procesal, se prevea un procedimiento especial de arbitraje para el supuesto de que existan varios conflictos de consumo frente a un mismo empresario o profesional, cuando las solicitudes individuales que se hayan presentado tengan el mismo presupuesto fáctico.

En este supuesto, los procedimientos individuales de reclamación podrán acumularse en un único procedimiento, en el procedimiento de consumo colectivo, para ser resueltos en un único laudo (art. 56 RDAC).

Se trata, de un ejercicio plural de varias acciones individuales, que da lugar a una suerte de acumulación subjetiva de acciones frente a un mismo empresario

³⁵⁰ En contra de esta postura, vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, págs. 162 a 170.

o profesional³⁵¹.

Por lo que respecta a los límites concretos de cada arbitraje de consumo, vendrán determinados por lo estipulado en el convenio arbitral (art. 24.1). En este aspecto, ha de tenerse en cuenta que cuando existe oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo, el convenio arbitral estará válidamente formalizado con la mera presentación de la solicitud, siempre que ésta coincida con el ámbito de la oferta (art. 24.2). Y es que el empresario puede limitar tanto el ámbito material y territorial de su oferta, como el plazo de validez de la misma. De tal modo que el empresario puede indicar qué actividades quedan sometidas al arbitraje de consumo de entre todas las que realiza y el tiempo durante el cual desea mantener su oferta. Trascendido éste, o tratándose de una actividad no incluida en la oferta pública, ha de quedar excluido el arbitraje.

3. La protección de los intereses colectivos de los consumidores: acciones de cesación, retractación y declarativa

1) Antecedentes

Para una mejor comprensión de la protección civil de los consumidores y en consecuencia de la acción de cesación, habrá que explicar que la tensión entre intereses individuales y colectivos viene de antiguo, y ya se puede detectar en las propuestas de organización política y jurídica que sirven de remota inspiración a los modernos sistemas occidentales de convivencia.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO contrapone la concepción individualista del Derecho Romano a la preeminencia de lo colectivo sobre lo individual que anima el Derecho Germánico³⁵².

No obstante, a los efectos expositivos que ahora interesan no es preciso acudir a tan lejanos antecedentes. Con la Revolución Industrial, hacia finales del siglo XVIII, se produce una transformación absoluta de las formas de producción tradicionales que hundían sus raíces en la Edad Media.

³⁵¹ DÍEZ GARCÍA, H.: «Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo», *Aranzadi Civil*, núm. 14, 2007, pág. 10; y GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico», *La Ley*, núm. 6733, 2005, pág. 18 y «El arbitraje en el ámbito del comercio electrónico perspectivas de futuro en el ordenamiento español», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2008, núm. 1, pág. 13. En contra, YÁÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, sostiene la viabilidad de que las asociaciones de consumidores y usuarios actúen colectivamente, debiendo en tal caso acreditar la condición de miembro del representado, así como la voluntad de éste de acudir a la vía arbitral para solucionar la controversia.

³⁵² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, A., vol. III, 6.ª ed., 1997, pág. 79.

De una economía de subsistencia, organizada en torno a un sistema gremial y a grupos sociales fuertemente estamentalizados, cuya adscripción venía determinada por el nacimiento (sistema de castas), se comienza una transición, inspirada e instigada por la emergente clase burguesa, hacia una sociedad liberal caracterizada por la supresión de todas las trabas que habían impedido hasta entonces a los individuos desarrollar todo su potencial. Nos hallamos, en consecuencia, en los albores de la sociedad conocida como del *laissez faire-laissez passer*.

El impulso liberal, marcada y deliberadamente individualista, pretende suprimir todas las trabas inherentes al sistema corporativista hasta entonces imperante, desde el que se organizan tanto la vertiente política como la jurídica y económica de la sociedad, es decir, la propia participación política y la oferta de bienes y servicios, así como las que se establecen desde el propio Estado.

A diferencia de en el Antiguo Régimen, las relaciones jurídicas ligarán directamente a los individuos, iguales en derechos, sin la mediación de grupo social o ente alguno y, menos aún, del Estado, el cual se habrá de limitar meramente a establecer el marco jurídico adecuado para que se produzcan los intercambios y actuar como árbitro en caso de conflicto.

La manifestación jurídica de estos fenómenos políticos, económicos y sociales encuentra acomodo, en Europa, en el *Código Napoleón*, de 1804, el cual servirá como modelo de referencia e inspirador a todas las naciones que durante el siglo XIX afrontan el proceso codificador.

Tan fuerte ha sido la cristalización de esta concepción particularizada de las relaciones jurídicas, en las que el papel central se atribuye al individuo en tanto que al Estado corresponde el papel de mero árbitro que, sin necesidad de acudir a antecedentes más remotos, ello explica de por sí las fuertes resistencias que han debido ser vencidas durante el siglo XX hasta que han comenzado a ser atendidas, inicialmente, las peticiones de sujetos aislados en consideración a su pertenencia a un grupo (sea o no de consumidores) o a su integración en una asociación (de la índole que fuere: sindical, política, religiosa, deportiva, etcétera) y, posteriormente, las propias peticiones de la colectividad, como tendremos ocasión de analizar en más detalle.

Para LASARTE ÁLVAREZ, es por ello lógico que la categoría de los consumidores y usuarios brille en los códigos civiles del siglo XIX por su ausencia, pues precisamente se tiende a suprimir todos los cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado, como antes se indicó³⁵³.

En el caso español, este contexto de exaltación liberal encontró reflejo, con cierto retraso si lo comparamos con otros países de nuestro entorno, en dos

³⁵³ En la generalidad de los manuales de Derecho de Consumo, se cita como primer momento en que se hace alusión explícita a los derechos de los consumidores (inicialmente tan sólo a su seguridad, información, elección y audiencia) al mensaje dirigido por el presidente J. F. Kennedy a los ciudadanos norteamericanos en 1962. En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª edición revisada y actualizada con la colaboración de Mª Fernanda MORETON SANZ Madrid, 2007, pág. 12.

leyes decisivas en lo que ahora nos interesa: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889. Los postulados liberales entraron en una crisis que condujo a su quiebra de forma casi inmediata, pues se pudo constatar que la pretendida igualdad de las partes para relacionarse y contratar era pura entelequia, y que la libre oferta de bienes y servicios no era real, pues monopolios y oligopolios imponían, en una incipiente sociedad industrializada, ya hacia los comienzos del siglo XX, condiciones generales que los consumidores habían de aceptar forzosamente si efectivamente deseaban contratar.

En suma, la reaparición del Estado se muestra ineluctable para reequilibrar el sistema económico de intercambio de bienes y servicios, imponiendo, además de su inicial función consistente en el establecimiento de un marco para realizar las transacciones y una función meramente arbitral, unas condiciones mínimas en la contratación que garanticen los intereses de la parte más débil, con la finalidad de alcanzar un orden social justo.

La consecuencia principal de todo lo anterior ha sido, llegando ya a nuestros días y con el añadido del sobresaliente desarrollo de las nuevas tecnologías (la llamada por algunos Tercera Revolución Industrial, iniciada tras la 2.^a Guerra Mundial), la multiplicación de los intercambios económicos hasta límites impensables tan sólo cincuenta años atrás, donde la autonomía de la voluntad se ve superada por la contratación en masa, impuesta por las grandes empresas a sus clientes, donde la situación de prepotencia de aquéllas sobre éstos queda plasmada en la imposibilidad de negociar caso por caso el contenido del contrato.

De este modo, resulta limitada la libertad del consumidor, simplemente, a contratar o no³⁵⁴.

Es decir, las eventuales consecuencias dañosas derivadas de actos de un profesional o empresario, dado este estado de multiplicación y complejidad de las transacciones, habrán de afectar casi necesariamente a una multitud de personas. En estas circunstancias, la tradicional protección de los derechos individuales, caso por caso y con alcance limitado a las partes contratantes, es insuficiente e ineficaz. (v. gr. el caso de las empresas dedicadas a la inversión en bienes tangibles, en concreto de carácter filatélico, en las que el alcance de las presuntas estafas cometidas afecta a todo el territorio nacional, a inversores nacionales y a extranjeros).

Este contexto constituye el caldo de cultivo para que los agentes sociales y económicos, tomen conciencia de la necesaria protección que se debe conferir a los consumidores, considerados como grupo. En este sentido, la *Carta del Consumidor de 1973*, del Consejo de Europa, como primer hito en la

³⁵⁴ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 30 de marzo de 2000, se realiza una interesante distinción entre libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato, que es la que tiene el consumidor, en general) y libertad de contratación (libertad de ambas partes, no sólo del empresario, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente).

construcción de un incipiente Derecho del Consumo. A continuación comienza a asumir responsabilidades en la materia la entonces Comunidad Económica Europea, y a partir de ahí numerosos Estados dispensan protección legal expresa al consumidor.

Por tanto, tomada conciencia por los agentes sociales de la necesidad de proteger los derechos e intereses de los consumidores, como colectivo, establecido en el marco jurídico-material de protección de los consumidores, articulados los derechos e intereses de éstos a través de las asociaciones de consumidores, en los últimos años se ha venido abordando la protección de estos intereses colectivos mediante la posibilidad de que se ejerciten acciones procesales que afecten no sólo a los litigantes sino a la generalidad de los oferentes de productos y servicios de un determinado sector económico y a los consumidores que en concreto o abstracta y potencialmente puedan devenir perjudicados.

2) Protección constitucional

La defensa de los derechos de los consumidores y usuarios constituye un principio rector de nuestra política social y económica al que hace referencia el artículo 51.1 de la Constitución, cuando establece que *«los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»*.

Este precepto constitucional constituye un llamamiento dirigido a todos los poderes públicos, obligados así a garantizar la protección de los intereses de consumidores y usuarios en el marco de una realidad económica muy dinámica, que evoluciona cada día como consecuencia del impacto constante de las nuevas tecnologías en la distribución de bienes y la progresiva liberalización de los servicios de interés general, entre otros factores.

En primer término y por lo que respecta al poder legislativo, teniendo en consideración el carácter multidisciplinar de la materia de consumo, las Cortes Generales aprobaron el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre con el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU), que refunde en un único texto la anterior Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) con las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores, consiguiendo armonizar buena parte de la normativa propia de esta materia. El texto ha sido reformado por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y modificado recientemente por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

El Texto Refundido y las diferentes leyes promulgadas por las comunidades autónomas constituyen los principales soportes jurídicos sobre los que se asienta la efectiva protección y defensa de los consumidores y usuarios, regulación que en buena medida se ve complementada, como consecuencia de la indudable horizontalidad que caracteriza a la materia, por desarrollos normativos propios de otros ámbitos de la actividad próximos o conexos, tales

como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, en los que también resulta obligada la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

Habrà de atenderse, por tanto, a estas otras esferas normativas que, sin constituir un desarrollo del citado Texto Refundido y sin tener como única finalidad la defensa de los consumidores y usuarios, contienen preceptos en los que se concretan sus derechos y los medios previstos para hacerlos efectivos en la práctica.

La Unión Europea ha aprobado diversas Directivas con el objeto de dotar a los diferentes estados de una regulación uniforme en la materia, dònde se prevèn además mecanismos de tutela de los derechos de los consumidores susceptibles de ser utilizados en todos los estados miembros.

A esta necesidad obedece la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*. La transposición al ordenamiento jurídico español de esta Directiva se llevó a cabo mediante la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de la cual se abordó la reforma de diversas leyes sectoriales en las que se introdujo o se acomodó a los imperativos de la norma comunitaria la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores.

Asimismo se hizo precisa la reforma de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), los artículos 6, 11, 15, 52, 221, 250, 711 y 788, además de la introducción de una acción de cesación *genérica* a través de la Disposición Adicional 3ª de la derogada LGDCU, precedente inmediato de la acción de cesación acogida en el apartado 3º del artículo 54 del TRLCU a que nos referiremos más adelante.

La Directiva 98/27/CE ha sido sustituida por su versión codificada, la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que prevé además en su artículo 9 la derogación de la primera, modificada a su vez por las directivas que figuran en la parte A de su anexo II, ello sin perjuicio de las obligaciones de los estados miembros en cuanto a los plazos de transposición al derecho nacional de las directivas que figuran en la parte B del anexo II.

El propio texto *codificador* añade que las referencias a la Directiva derogada se deben entender hechas a la nueva y leerse con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en su anexo III. Según su artículo 10, la Directiva 2009/22/CE entró en vigor el 29 de diciembre de 2009.

En cuanto afecta al poder judicial, resulta indudable que los órganos jurisdiccionales son también destinatarios del mandato constitucional contenido en los artículos 51.1 y 53.3 de nuestra Carta Magna, preceptos que en modo alguno constituyen meras declaraciones de buenos propósitos, sino auténticas

normas jurídicas cuyos mandatos deben informar la actuación judicial y pueden ser alegadas en todo tipo de procesos.

Así, en caso de que los principios del artículo 51 de la Constitución hayan sido desarrollados legislativamente, el artículo 53.3 legitima a la jurisdicción ordinaria para conocer de los mismos cuando sean invocados ante ella, y en segundo término, el propio artículo 53.3 de la Constitución establece que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, de manera que puedan a su vez actuar como principios informadores del ordenamiento jurídico, como confirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 239/1989 de 26 de enero, ya se refirió a la intervención legislativa del Estado, justificándola en atención al *«contenido pluridisciplinar de la materia, en el que se concita una amplia variedad de áreas que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 de la CE a efectos de concretar las competencias del estado [...] por lo que resulta una materia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas»*.

Así, 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, en vigor desde el día 1 de diciembre de 2007, dispone en su art. 3 lo siguiente: *«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.»*, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que la da nueva y más amplia redacción al disponer que: *«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»*.

Por lo que con carácter general, por consumidor y usuario se habrá de entender en lo esencial, como hasta ahora, *destinatario final de bienes y servicios*.

Asimismo, la referencia al consumidor debe entenderse referida a todo adherente, pues la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), añade mediante su Disp. Final 6.^a una Disp. Adicional 4.^a a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), por la que todas las referencias a consumidores y usuarios contenidas en la LEC deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en las acciones colectivas (cesación, retractación y declarativa) previstas en la propia LCGC.

Adherente es quien suscribe un contrato (de adhesión) cuyo contenido es obra de una sola de las partes, generalmente un profesional o empresario, por lo que aquél debe limitarse a contratar o no. Igualmente, es preciso delimitar y

perfilear el concepto de *acción colectiva*, y relacionarlo con los intereses colectivos y difusos de los consumidores.

Como apunta la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.^a, de 16 de junio de 2005: «*La defensa de intereses colectivos trasciende de la tradicional concepción del proceso civil como medio de resolución del conflicto de intereses particulares y privados, proyectándose en el derecho procesal y sustantivo como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación, tanto en el plano de los demandantes como, en su caso, de demandados, y que, por tanto, precisa de un regulación especial como tales acciones colectivas, en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole, que afectan a los sujetos intervinientes*».

Las acciones colectivas no pretenden proteger tan sólo los derechos subjetivos de cada afectado por una conducta de origen profesional o empresarial, no son una mera acumulación de acciones individuales, sino que tienen por finalidad reaccionar frente a conductas ilícitas que pueden lesionar a una pluralidad de consumidores, con el propósito último de evitar la extensión del perjuicio y disuadir de la realización en lo sucesivo de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores (sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 22 de enero de 2004).

Resultará sin duda ilustrativa la definición de intereses colectivos contenida en el Considerando 2 de la Directiva 98/27/CE: «*Son aquéllos que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción, sin que esto obste a las acciones particulares ejercitadas por particulares (sic) que se hayan visto perjudicados por una infracción*».

Fijado el alcance de los conceptos de acción e interés colectivo, diferenciando entre intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores. De acuerdo con el art. 11 LEC, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, nos hallaremos ante *intereses colectivos, stricto sensu*.

En cambio, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación, los intereses en liza serán *difusos*.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003, proporciona las siguientes definiciones: «*Los intereses colectivos existen cuando se da una vinculación jurídica entre los miembros del grupo y un tercero; por ejemplo, los afectados por la falta de higiene en determinado centro de trabajo. Los intereses difusos se dan cuando existe un interés supraindividual sin que entre los individuos interesados exista vínculo jurídico alguno, ni entre ellos y un tercero, sino que el nexo de unión que les agrupó obedece a circunstancias fácticas y contingentes; por ejemplo: los afectados de un producto defectuoso*».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, de 29 de enero de 2002, es muy gráfica: «*La acción de grupo se caracteriza por la presencia del interés propio y específico de cada uno de los integrantes de un determinado colectivo, cuyos miembros individuales en principio indeterminados, son fácilmente determinables e identificables, carácter que le distingue de la acción por intereses difusos, en los que el interés es el genérico, homogéneo, y concurrente de una masa invertebrada y sin rostro, en el que identificación personal y la idea de perjuicio patrimonial están muy diluidos*».

3) Los intereses colectivos de los consumidores

Como se ha expuesto, los principios liberales predominantes en la Europa del siglo XIX quedaron plasmados en el caso español en la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* y en el *Código Civil de 1889*.

La vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se prolongó durante casi ciento veinte años, hasta su derogación por la LEC 2000. Naturalmente, en aquella Ley no había referencia alguna a la protección de los intereses colectivos de los consumidores, pues estaba imbuida por la exclusiva protección y tutela de los derechos e intereses privados³⁵⁵.

Por su parte, el Código Civil tampoco se refiere a los consumidores ni a la protección de sus intereses colectivos.

Ha sido preciso un dilatado proceso de convergencia, desde las fechas de promulgación de aquéllas dos leyes, que permitiera un paralelo desarrollo del derecho material, de un lado, y del derecho adjetivo, de otro.

Tan sólo desde el año 2000 se puede afirmar que se ha producido la precisa confluencia que permite la efectiva protección de los derechos colectivos de los consumidores.

Con la promulgación de la Constitución se establecieron los cimientos que tan sólo muy recientemente han permitido, con el debido desarrollo, y la correlativa maduración y normalización de la sociedad española, la tutela efectiva de los intereses colectivos de los consumidores.

Al respecto, del texto constitucional merecen ser destacados los arts. 9.2, 24.1 y 51. A los arts. 9.1 y 51 de la Constitución como fundamento de las acciones colectivas se refieren numerosas resoluciones judiciales, de entre las que citamos, por ejemplo, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.^a, de 19 de septiembre de 2005 y de 12 de enero de 2006.

Este último establece que: «*Existen antecedentes legislativos en nuestro derecho que parten del reconocimiento del grupo, como titular de derechos fundamentales, en el art. 9.2 de la CE y el art. 51.1*».

³⁵⁵ SILGUERO ESTAGNAN, J., «Las acciones colectivas de grupo», *Aranzadi Civil*, núm. 22, 2003, pág. 1.

En tanto que lo dispuesto por los arts. 9.2 y 24.1 resultan de general e inmediata aplicación, la referencia a los grupos en que los individuos se integran y a la protección no sólo de los derechos de todas las personas, sino también de sus intereses, permitió inicialmente vislumbrar una sombra, diferida en cuanto a su desarrollo, de protección de los consumidores como colectivo. El art. 9.2 de la Constitución institucionaliza la penetración de las ideas socializadoras en nuestro Ordenamiento Jurídico, lo cual ha de encontrar necesario reflejo en la materia que se trata, sin que se deban perder de vista otros arts. del texto constitucional, como el 38, que proclama la libertad de empresa, y el 128, el cual determina la subordinación de toda la riqueza del país al interés general³⁵⁶.

El derecho a la tutela judicial efectiva, se considera un derecho prestacional de configuración legal, que exige que los poderes públicos doten a la Administración de Justicia de los medios materiales y personales necesarios, así como la regulación, mediante ley, de los distintos tipos de proceso. (Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre, 4/1988, de 22 de enero, y 190/1991, de 14 de octubre)³⁵⁷.

El art. 20.1 de la LGDCU, en su inicial redacción, determinaba que las asociaciones de consumidores habrían de ejercer las correspondientes acciones en defensa de sus asociados, de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Es decir, aunque la ley procesal aún no reguló en este inicial momento el acceso de las asociaciones de consumidores a la vía jurisdiccional para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, el reconocimiento en una norma de carácter material supuso un paso más, aunque insuficiente, en el camino hacia la legitimación procesal de las asociaciones de consumidores para la defensa de los intereses colectivos.

Tras la promulgación de la LGDCU, la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, con efectos a partir del día 1 de enero de 1986, supuso otro avance considerable en el desarrollo de la protección de los consumidores, ya fuera mediante la eficacia directa en España de los Reglamentos comunitarios, ya mediante la necesaria transposición de las Directivas.

Desde la perspectiva interna, el siguiente hito para la defensa judicial de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios lo constituyó el art. 7.3 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)*, el cual dispone que:

³⁵⁶ Art. 1 del Texto Refundido LGDCU: «*En todo caso la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los arts. 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el art. 139*».

³⁵⁷ TORRES DEL MORAL, A. en *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3.ª ed., Madrid, 1992, pág. 623.

«Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción». La LOPJ será el punto de arranque para la regulación en lo sucesivo de diversas acciones de cesación en algunas normas sectoriales, como la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; o la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

4) La protección procesal civil

Las limitaciones propias de la acción individual clásica, junto con la existencia de los intereses generales, colectivos o difusos, que son de la titularidad de consumidores y usuarios, hacen necesario que los últimos, considerados conjuntamente, cuenten con una serie de acciones que se denominan por ello colectivas y que les permitirán obtener resoluciones, y más específicamente sentencias, cuyo fallo resulte vinculante para el conjunto de empresarios o proveedores de bienes y servicios, y no sólo para aquél contra el que se hubiera planteado el pleito. Así pues, y sin perjuicio de la tutela individual, existe una tutela supraindividual o colectiva de los derechos de los consumidores y usuarios, superadora del modelo de legitimación en favor de quien afirma la titularidad de un derecho propio o de quien actúa en sustitución o representación en sentido técnico jurídico de aquel que sea el titular.

En este sentido, las llamadas acciones colectivas no pretenden proteger tan sólo los derechos subjetivos de cada afectado por una conducta de origen profesional o empresarial; no constituyen, por tanto, una mera acumulación de acciones individuales, sino que tienen la finalidad de reaccionar frente a conductas ilícitas que pueden lesionar a una pluralidad de consumidores, siendo su propósito último evitar la extensión del perjuicio y disuadir de la realización en lo sucesivo de *comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores*. Asimismo, estas acciones sin duda facilitan el acceso a la justicia de los pequeños demandantes, mejoran la protección jurídica de los intereses de los ausentes, garantizan la eficiencia y la economía procesales al evitar la proliferación de procedimientos con un mismo objeto y avalan la homogeneidad de las resoluciones respecto de toda la colectividad de perjudicados.

Ese interés plural se presenta en la práctica con dos perfiles claramente diferenciados; así, conforme a lo previsto en el artículo 11 de la LEC, cuando los perjudicados por un hecho dañoso son un grupo de consumidores cuyos componentes están perfectamente determinados o resultan fácilmente determinables, se está ante *intereses colectivos*, mientras que en el caso de que los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación, los intereses en liza se califican de *difusos*.

En cualquier caso, los intereses *supraindividuales*, ya sean *colectivos* o *difusos*, suponen situaciones jurídicas materiales cuyos titulares no son las personas

individuales en cuanto tales, sino en cuanto miembros, determinados o indeterminados, de una colectividad.

La transposición de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, actualmente sustituida por su versión codificada, la Directiva 2009/22/CE de 23 de abril, se llevó a cabo en virtud de la Ley 39/2002 de 28 de octubre *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, utilizando la técnica de modificar diversas leyes sectoriales y algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil e introduciendo a través de la Disposición Adicional 3ª de la LGDCU una genérica acción de cesación ejercitable en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios en caso de ausencia de normativa sectorial específica, precepto en el que radica el precedente de la genérica acción de cesación prevista actualmente en el apartado 3º del artículo 54 del Texto Refundido.

Las acciones de cesación que, junto con las acciones de reparación de daños colectivos o difusos, constituyen en nuestro derecho un instrumento primordial en la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, están reguladas en los preceptos que integran el Capítulo I del Título V del TRLCU. Su régimen aparece específicamente previsto en los artículos 53 a 56 del Texto Refundido, que por ello, constituye lo que se podría denominar el *texto base* en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. De hecho, las normas contenidas en esos preceptos, se repiten de manera prácticamente literal en las disposiciones propias de la normativa sectorial.

Según se establece en el artículo 53 del TRLCU, la acción de cesación puede plantearse en un doble momento: bien para hacer cesar la conducta dañosa, bien para prohibir su reiteración, dando lugar a solicitudes diferentes en cada caso.

En el primer supuesto, la pretensión tendrá un doble objeto, solicitar una sentencia de condena a *no hacer*, que obligue al cese del comportamiento dañoso e incluya la prohibición expresa de reiterar en el futuro ese mismo comportamiento.

En el segundo supuesto, y dado que el comportamiento dañoso ha cesado ya, la pretensión contendrá la petición de prohibir su repetición, siempre que concurren indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. En tanto su ejercicio es posible con carácter previo a la producción de daños concretos, la acción de cesación resulta apta para procurar una tutela de los derechos de los consumidores de naturaleza abstracta e inhibitoria.

Con carácter general y por lo que se refiere a la legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones, el artículo 54 del Texto Refundido establece en su apartado 1 que, *frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en esta norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos*

y *viajes combinados*, estarán legitimados para el ejercicio de este tipo de acciones:

a) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica reguladora de esta materia. c) El Ministerio Fiscal. d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

En su apartado segundo, el artículo 54 establece que todas las entidades citadas en el párrafo anterior pueden personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellas, si lo estimaren oportuno, para la defensa de los intereses que representen, tratándose por tanto de una intervención voluntaria de sujetos originariamente no demandantes a los que les es de aplicación, como a los demás supuestos del artículo 54, el régimen jurídico que establece el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En coherencia con lo anterior, el artículo 15.4º de la propia LEC establece que en los procesos de protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación, no resultan de aplicación las reglas sobre publicidad e intervención en el proceso de sujetos inicialmente no demandantes pero legitimados en el mismo, a que se refieren los apartados anteriores del mismo precepto.

El apartado tercero del artículo 54 contempla una especie de cláusula general - la conocida como acción de cesación genérica- que posibilita el ejercicio de la misma frente a cualquier conducta contraria a las previsiones del TRLCU que no se encuentre comprendida en el apartado primero y que lesione intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, remitiendo expresamente a lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC, añadiendo además la legitimación del Instituto Nacional del Consumo y los Órganos o Entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes por razón de la materia y del Ministerio Fiscal.

En el artículo 55 del TRLCU se establecen los requisitos necesarios para ejercitar la acción de cesación en otro Estado Miembro de la Unión Europea. La intervención de las entidades españolas para actuar bajo el mismo régimen en otros países se regula de forma que se establecen diferencias entre entidades públicas y asociaciones privadas.

En el primer caso, la habilitación para intervenir en otros países -que exige estar incluido en la lista que, a tales efectos, se publica en el Diario de las Comunidades Europeas- requiere solicitud expresa de habilitación, que habrá de presentarse ante el Ministerio de Justicia. Tratándose de asociaciones privadas llamadas a defender los intereses de los Consumidores y Usuarios, habrá de efectuarse la solicitud por mediación del Instituto Nacional del

Consumo, pero es preciso además que se acredite que forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios. Cumplidos estos requisitos, el Ministerio de Justicia procede a notificar a la Comisión Europea la solicitud efectuada, para que se otorgue la correspondiente habilitación.

En cuanto a las modificaciones efectuadas por la Ley 39/2002 de 28 de octubre en algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cambios introducidos se concretaron en las siguientes materias:

Se atribuye a entidades de otros Estados la capacidad para ser parte y la legitimación necesarias para incoar o actuar en procesos dentro del territorio español, cuyo objeto sea el ejercicio de una acción colectiva de cesación.

Se agilizan los trámites a seguir, estableciendo los propios del procedimiento verbal en el caso de la acción de cesación. Se prevé expresamente que la pretensión de cesación puede plantearse en un doble momento, con ejercicio de peticiones diferentes en cada caso.

Se determina la competencia territorial y se establece un sistema específico de multas coercitivas para reforzar la efectividad de este tipo de acciones; y con la finalidad de potenciar su carácter protector y facilitar su ejercicio, se permite la exención de garantías económicas a efectos de la solicitud de medidas cautelares.

En cuanto se refiere a la acción de cesación prevista en la legislación sectorial, como ya se ha dicho, constituye una normativa muy similar a la que se acaba de exponer. Así ocurre, sin ánimo de exhaustividad, entre otras, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, y la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorporaba al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, ley ésta última derogada por la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE de 1 de abril de 2010), en la que sin embargo, se sustituye la acción de cesación por un procedimiento administrativo sancionador *quivis ex populo* previsto en el artículo 9.

Por último, y en relación con el régimen de prescripción de las acciones de cesación, las Directivas 98/27/CE y 2009/22/CE no efectúan previsión alguna, de modo que la decisión al respecto le corresponde al legislador nacional.

De conformidad con lo previsto en el artículo 56 del TRLCU, las acciones de cesación a que se refiere el artículo 54 del mismo texto legal, tanto en su apartado 1 como en el 3 son -con carácter general- imprescriptibles, con la única excepción de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 19 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación relativo a los supuestos en que las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General destinado al efecto, en cuyo caso se establece que las

acciones prescriben a los cinco años computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones hayan sido objeto de utilización efectiva.

No existiendo tampoco previsión expresa respecto del régimen de la interrupción de la prescripción para supuestos de acciones de cesación prescriptibles, resultan de aplicación las reglas generales de los artículos 1.973 a 1.975 del Código Civil.

Las acciones resarcitorias acumulables a la de cesación sí están sometidas a plazos de prescripción en función de su naturaleza contractual o extracontractual.

Por tanto, el legislador no ha estimado necesario regular en la LEC un procedimiento *ad hoc*, sino establecer normas especiales con relación a sus generales previsiones y toma la decisión de que sean personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas (Exposición de Motivos LEC) las que puedan llevar los intereses colectivos a juicio, refiriéndose a las asociaciones de consumidores, lo cual es discutido, por restrictivo, por algún sector doctrinal que sugiere que puedan ser afectados aislados, o sujetos no afectados pero que acrediten un interés suficiente (v.gr. despachos de abogados), los que ostenten legitimación para iniciar estos procedimientos. En este sentido, parece haberse rehuído de los denominados *plaintiff lawyers* que representan a sus clientes mediante un sistema de *quota litis* pura y asumen todos los costes del procedimiento judicial; no obstante, el encaje de este tipo de despachos en Europa no parece muy factible, dado que los ordenamientos jurídicos europeos no conocen los daños punitivos anglosajones, sino que se limitan a resarcir los daños personales y patrimoniales efectivamente sufridos por la víctima³⁵⁸.

Aunque en la LEC no se afirma explícitamente, el Legislador se inspira en las acciones de clase o *class actions* del Derecho Procesal Civil norteamericano, para que puedan beneficiarse de la sentencia que recaiga, más allá del grupo de afectados, personas distintas de éstos. Las principales diferencias entre la *class action* y la acción de reparación de daños colectivos y difusos de los consumidores regulada en la LEC son las siguientes:

En el Derecho español deben concurrir daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, mientras que el Derecho norteamericano goza de mayor amplitud, siendo suficiente con una aptitud objetiva de la materia apreciada por el tribunal.

En el Derecho español la legitimación está tasada, como veremos, en el art. 11 LEC, según se trate de intereses colectivos o difusos, en tanto que en el proceso norteamericano habrá que apreciar la idoneidad subjetiva del promotor de la acción (puede ser un individuo, un despacho de abogados, una asociación, etc.), y no se contempla expresamente la posibilidad de que el

³⁵⁸ FERRERES COMELLA, A. y VILADÁS JENÉ, C., «Algunas reflexiones en torno a las reclamaciones por daños y perjuicios derivados del consumo de tabaco en España y Europa», *Diario La Ley*, núm. 6123, 9 de noviembre de 2004, pág. 17.

afectado se autoexcluya reservándose la acción individual, a diferencia del Derecho norteamericano, y tampoco se permite una indemnización a tanto alzado a aplicar a una reparación individual del interés del grupo o categoría de afectados, sino que se prevé, en contra del criterio de la *class action*, la indemnización singular, determinada ya en el juicio declarativo, ya en ejecución de sentencia.

Las acciones de clase, que en su concepción teórica no son sólo aplicables a los consumidores, sino a cualquier grupo de damnificados, muestran según CARRASCO PERERA³⁵⁹ las siguientes ventajas sobre el ejercicio de acciones individuales: economía procesal, evitación de procesos contradictorios, reforzamiento de la defensa de los consumidores a través de la contribución del grupo al pago de los honorarios de una única defensa letrada, permitiendo así la contratación de una categoría de abogados equiparable a la del abogado de la gran empresa.

Permitir el acceso a la justicia de pequeñas reclamaciones que nunca se interpondrían debido a sus costes procesales, pero que juntas añaden una enorme suma de beneficio ilegal para las empresas, frente a quienes la posibilidad de una acción de clase tiene así un efecto disuasorio. Equidistribución de las indemnizaciones cuando la suma de las debidas por el empresario no alcance a la satisfacción de todos los damnificados.

El régimen de la LEC ha sido modificado en determinados aspectos por la *Ley 39/2002*. La Exposición de Motivos de la LEC, no instaura un procedimiento *ad hoc* para la protección de los derechos e intereses colectivos de los consumidores, sino que introduce regulaciones especiales cuando lo estima oportuno, como se afirma en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 11 de noviembre de 2005, «*la Ley no crea un proceso específico para la tutela de los intereses colectivos, pero sí contiene normas especiales*».

El auto la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 19 de septiembre de 2005 concreta más, pues estima que los aspectos objeto de regulación especial son: la legitimación, los llamamientos al proceso para aquéllos que no fueron parte del mismo, la acumulación de acciones y de procesos, la sentencia dictada y su ejecución forzosa.

5) Parte, capacidad para ser parte y legitimación

a) Las partes

Tradicionalmente, en el ámbito del proceso civil se ha entendido por parte a quien pretende una tutela jurisdiccional, de un lado, y aquél con respecto al cual se solicita esta tutela.

³⁵⁹ CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «¿Acciones de clase en el Derecho Civil?», *Aranzadi Civil*, núm. 3/2001, Pamplona, 2001, pág.4; y CARRASCO PERERA, A. y otros, *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*. Madrid, 2002, pág. 247.

DE LA OLIVA³⁶⁰ las define: «*partes son, únicamente, los sujetos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal, ya conceda o deniegue la tutela pedida, ya establezca que no puede pronunciarse sobre ella en ningún sentido*».

Las nuevas acciones colectivas han desvirtuado, de algún modo, la tradicional concepción del concepto de parte, pues los efectos de la sentencia podrán alcanzar a sujetos que no hayan hecho valer acción alguna.

b) Capacidad para ser parte

Capacidad para ser parte es la aptitud genérica que una persona tiene para ser demandante o demandado en un proceso, cualquiera que sea y aunque nunca llegue a litigar³⁶¹. Es decir, mediante la capacidad para ser parte se atribuye una aptitud genérica para intervenir en un conjunto abstracto de procesos. El art. 7.3 de la LOPJ hizo mención por primera vez en una norma procesal a la posibilidad de protección de los derechos e intereses colectivos. Sin embargo, no ha sido hasta la LEC 2000 que se ha desarrollado tan genérica alusión. Los arts. 6 y 7 de la LEC detallan los sujetos que podrán ser parte, así como quienes podrán comparecer en juicio, por sí o representados, respectivamente. En lo que ahora nos interesa, según el art. 6.1.5.º, 7.º y 8.º, podrán ser parte:

Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

De acuerdo con el art. 7 LEC, por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen. En representación de las entidades sin personalidad jurídica que puedan ser parte comparecerán en juicio las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades.

En este caso, será requisito que el grupo esté constituido por la mayoría de los afectados, lo cual, siguiendo a SILGUERO STAGNAN, puede ocasionar dificultades en grupos de gran número de afectados.

En representación de los grupos de consumidores o usuarios afectados comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

³⁶⁰ DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1996, pág. 479.

³⁶¹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., *Diccionario Jurídico, y otros*, Navarra, 2004, pág. 144.

c) Legitimación activa y pasiva

Con carácter general, por *legitimación* ha de entenderse, la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (la legitimación activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva). De ordinario, la *legitimación activa* supondrá la titularidad de un derecho subjetivo privado, en tanto que la *legitimación pasiva* implicará la existencia de un deber u obligación, tal y como se recoge en el art. 10 LEC, según el cual «*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*», aunque a continuación «*se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*», es decir, los casos de legitimación por sustitución, en los que, excepcionalmente, en casos taxativamente establecidos por las normas jurídicas, se conceden acciones a sujetos que no son titulares del derecho subjetivo privado que fundamenta la concesión de aquellas tutelas.

En caso contrario, será necesario que la norma procesal atribuya la tutela jurisdiccional a determinado sujeto frente a otro, y tal es lo que ocurre en el art. 11 LEC con relación a los intereses colectivos de los consumidores, el cual actualiza y concreta la genérica previsión del art. 7.3 LOPJ.

El sujeto que ostente legitimación no deberá acreditar móvil alguno que justifique su interés en la causa, pues tal interés queda comprendido en la legitimación³⁶². No obstante, aunque el móvil no sea determinante de la legitimación, cuando la parte actora no sea titular de la relación jurídica controvertida o del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar por la parte demandada el interrogatorio de dicho sujeto o titular (art. 301.2 LEC). El art. 11 LEC, referido, es fundamental en la materia que nos ocupa.

Para GIMENO SENDRA³⁶³ es claro que a la vista de este art. las asociaciones de consumidores tendrán legitimación para defender los intereses de la asociación (*legitimación ordinaria*), los de sus asociados (*legitimación extraordinaria por representación*) y los de los consumidores y usuarios (*legitimación extraordinaria por sustitución*).

Esta última se puede calificar atendiendo al objeto procesal (es decir, la determinación o no del grupo de afectados) en *legitimación por sustitución representativa de intereses colectivos* y *legitimación por sustitución de intereses difusos*.

La protección de los intereses colectivos se encomienda a las asociaciones de consumidores, a otras entidades que tengan por objeto la protección de los

³⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.^a de 29 de marzo de 2006, relativa al ejercicio de una acción de cesación.

³⁶³ GIMENO SENDRA, V. y CORAZÓN MIRA, R., «La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, núm. 6263, 30 de mayo de 2005, pág. 5.

consumidores y a los grupos de afectados³⁶⁴. En este sentido la novedad principal de este art. 11 de la LEC, en concreto del art. 11.3, viene constituida por la atribución de legitimación a las «*asociaciones de consumidores que sean representativas para proteger los intereses difusos de los consumidores*». En consecuencia habrá de determinarse cuándo se entiende constituida válidamente la asociación, para después, de entre ellas, establecer cuáles son representativas.

En primer lugar será necesario que la asociación esté fundada de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación, que desarrolla el art. 22 de la Constitución, o bien que, habiendo sido constituida bajo el anterior régimen legal y sin perjuicio de que conserven su personalidad jurídica hayan adaptado sus Estatutos a la nueva ley. El régimen legal anterior era el de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, y por tanto preconstitucional. Como señala MONTÓN GARCÍA³⁶⁵, la Ley Orgánica 1/2002 puede ser de aplicación supletoria, asimismo, en las Comunidades Autónomas que dispongan de normativa específica sobre la constitución de las asociaciones de consumidores y usuarios, citando la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero.

Según el art. 24.2 del Texto Refundido LGDCU, son asociaciones representativas «*las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica*».

En cuanto al tratamiento procesal de la falta de legitimación de la parte (asociación) actora, al estar la legitimación íntimamente ligada al fondo del proceso, en principio, la demanda habría de ser admitida, pues *la LEC no prevé como causa de inadmisión la falta de legitimación*, siendo necesario que se dicte, en consecuencia, sentencia sobre el fondo³⁶⁶. La legitimación pasiva de las asociaciones ofrece menos dudas, pero estas se mantienen en el caso de los grupos de afectados.

³⁶⁴ La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, modifica, mediante disposición adicional, el artículo 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, dando nueva redacción a su apartado cuarto e incorporando un nuevo apartado cinco. Con ello se pretende resolver la contradicción existente entre la normativa en materia de consumo y la procesal sobre las entidades que deben considerarse legitimadas para interponer una acción de cesación y, a su vez, atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios.

³⁶⁵ MONTÓN GARCÍA, L., «Legitimación de asociaciones y entidades para la defensa de intereses de consumidores y usuarios. Significación y consecuencias de los conceptos estar legalmente constituidas y ser representativas conforme a la Ley», *Diario La Ley*, núm. 6203, 4 de marzo de 2005, pág. 3.

³⁶⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003, referente al ejercicio de una acción de cesación contra una entidad bancaria

Para SILGUERO STAGNAN se debe reconocer legitimación pasiva a estas entidades por dos motivos fundamentales: por el reconocimiento por la LEC de su capacidad para ser parte, así como para garantizar el principio de igualdad de medios de defensa de las partes en liza. Parece evidente que cercenar las posibilidades de ataque o contraataque de la parte sobre la que se cierne el riesgo de ser demandada o que ya ha sido demandada, respectivamente, podría dar lugar a una indefensión proscrita por el art. 24 de la Constitución.

En cuanto a los grupos de afectados, caso de que se aceptase que pueden ser demandados, se podría aplicar por analogía el art. 51.2 LEC, relativo al fuero de los entes sin personalidad, en cuyo caso éstos podrán ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en el que desarrollen su actividad.

En el caso del grupo habría que determinar, en primer lugar, dentro del propio grupo de afectados quienes ejercen una dirección de hecho del mismo, o, alternativamente, el ámbito territorial de actuación del grupo.

6) Las Diligencias preliminares

Antes de comenzar el juicio, la LEC (arts. 256 y ss.) permite al actor solicitar del Juez la realización de ciertas actividades, que pueden ser de variada naturaleza, con la finalidad de facilitar o preparar el juicio: nos hallamos ante las *diligencias preliminares*.

Será competente el Juez ante el que haya de presentarse la demanda determinada (art. 257.1 LEC). La negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo supondrá que el Tribunal ordene que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad (art. 261.5.ª).

La Ley dota, por tanto, de un enérgico medio para determinar, en caso de defensa de los intereses colectivos de los consumidores, quiénes son los miembros del grupo de afectados, con el riesgo para el requerido que se muestre rebelde de que se pueda deducir contra él responsabilidad penal, así como verse sometido a una entrada y registro en busca de documentación.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 22 de enero de 2004, al hilo de las diligencias preliminares afirma que: «La expresión *fácilmente determinable* debe entenderse referida al grado de posibilidad de identificar a los afectados, pero no a la laboriosidad que conlleve la tarea», lo cual justifica «*que se encomienden a asociaciones de consumidores y usuarios que puedan reunir los recursos necesarios que no están al alcance de la mayoría de los consumidores individuales*». Continúa diciendo que «*La determinación exacta del colectivo puede lograrse mediante la solicitud a los administradores de las entidades demandadas de los listados de los contratos concertados en vigor a la fecha del cese de los cursos de inglés que se impartían, para lo cual está incluso expresamente previsto una diligencia preliminar en el apartado 6 del art. 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento*

Civil que las entidades actoras ni siquiera han intentado utilizar».

Los casos de las filatélicas han puesto de manifiesto que los afectados pueden ser cientos de miles, lo cual no obsta a que mediante el empleo de los avanzados sistemas informáticos se puedan individualizar todos ellos, a pesar de la lógica dificultad material que entrañaría contactar con todos los afectados, realizar comunicaciones, recabar documentación³⁶⁷.

Así, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003, afirma que: «*Saber qué personal ha suscrito con la entidad demandada préstamos hipotecarios con la cláusula que se denuncia (redondeo al alza), en estos tiempos de sistemas informáticos cada vez más perfectos, no debe ser difícil en absoluto. Imaginaremos que todas esas personas dejaran de abonar los plazos de amortización de los préstamos hipotecarios, a buen seguro que la demandada los identificaría a la velocidad de la luz para proceder contra ellos*».

7) Adopción de medidas cautelares

La Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, prevé la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el ámbito que nos ocupa cuando en su artículo 2 establece que:

1. Los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas en el sentido del artículo 3 a fin de obtener que:

a) Se ordene, con toda la diligencia debida, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal posibilidad se contempla en el artículo 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenicional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.
2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

Asimismo, el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que:

³⁶⁷ GONZÁLEZ BILBAO, E., En el concreto caso de las filatélicas y a algunas sugerencias para facilitar el tratamiento de tan ingente cantidad de información y documentación, vid. «Criterios para la gestión de los concursos filatélicos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 710, 27 de julio de 2006, pág. 5.

1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.- No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios. 3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.- El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.- La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.- En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

Dada la naturaleza de la pretensión principal para la que se solicitan las medidas cautelares, resultan de aplicación el párrafo segundo del número 2 del artículo 732 de la LEC, cuyo tenor establece que:

«cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretende la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes y ordene las investigaciones que el solicitando no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud», de modo que junto a su solicitud de medidas cautelares, puede proponerse al tribunal que con carácter urgente y sin dar conocimiento de ello al demandado, se lleven a cabo aquellas investigaciones que el solicitante no pudiera efectuar por sí, señalándose el tipo concreto de actuaciones que se pretende que el juzgado lleva a efecto.

DE LA OLIVA nos ofrece un concepto restringido de *medidas cautelares*: son los medios o instituciones que directa e inmediatamente pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la propia existencia de un proceso declarativo, o concretando más, el tiempo que el juicio declarativo tarda en sustanciarse³⁶⁸.

³⁶⁸ DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, vol. III, Madrid, 1997, pág. 404.

La nueva LEC regula la materia en los arts. 721 y siguientes, siendo los presupuestos de toda medida cautelar el peligro de mora procesal (*periculum in mora*), la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la prestación de fianza o caución por el actor y la proporcionalidad con la pretensión afirmada (art. 728 LEC, que sólo prevé las tres primeras, a pesar de lo cual la doctrina también incluye esta última).

Como excepción a las reglas generales, el art. 728.3 LEC permite al Tribunal la dispensa de la prestación de fianza, atendiendo a las circunstancias del caso, cuando se ejercite una acción de cesación, aunque no existe inconveniente para que se pueda proceder de la misma forma en el caso de ejercicio de acciones resarcitorias.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5.^a, de 31 de octubre de 2002, se estima el recurso de apelación de la asociación actora, por el que se determina que la anotación preventiva de la interposición de acciones colectivas debe ser decretada de oficio, a la luz del art. 2.2 b) del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (*Real Decreto 1.828/1999, de 3 de diciembre*), así como del art. 11.3 LCGC, al usar ambos la expresión de mandato «*serán objeto de anotación preventiva*», por lo que no se puede imponer caución alguna a la actora solicitante, además de recordar que en el sistema de medidas cautelares de la LEC no es obligatoria la imposición de caución a la asociación de consumidores que ejercite una acción de cesación. Las medidas cautelares se podrán adoptar aún cuando la solvencia de la entidad demandada sea notoria. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.^a, de 11 de noviembre de 2005, desestimó, en este sentido, el recurso de apelación interpuesto por dos entidades crediticias de reconocida solvencia.

a) Publicidad del proceso e intervención de los perjudicados

Una vez admitida a trámite la demanda, el art. 15 LEC prevé diversos mecanismos para traer al procedimiento a los consumidores afectados.

La LEC regula con carácter general un llamamiento a todos los afectados mediante la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación de un ámbito coincidente con aquél en el que se haya producido la lesión de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

Se exceptúa de la general obligación de publicación de la demanda, así como de los deberes específicos de publicación y comunicación, como luego se verá, en el caso en que se interponga una acción de cesación, pues la vinculación inmediata de la sentencia se producirá tan sólo con respecto al empresario o profesional infractor, alcanzando la eficacia de la sentencia de forma indirecta a los consumidores que hubieren contratado con cualquiera de ellos bajo el régimen contractual impugnado, y sin que la eficacia de la sentencia impida posteriormente a los consumidores pedir cuanto les interesare, especialmente el resarcimiento de los daños causados.

Los afectados se podrán adherir al procedimiento instado previamente con la única carga de probar que han sufrido un daño resarcible derivado de una

actividad de consumo³⁶⁹.

El art. 15, en sus aps. 2 y 3 prevén algunas especialidades, según se hayan quebrantado los intereses colectivos o difusos:

1) En el caso de intereses colectivos, la parte actora deberá comunicar previamente la presentación de la demanda a todos los interesados, tras lo cual éstos podrán intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrán realizar los actos procesales que no hubieren precluido.

2) Los consumidores podrán ejercitar su facultad de adhesión hasta el momento procesal oportuno, que no podrá superar el de proposición de prueba. Asimismo, la asociación o grupo estarán obligados al tiempo de presentación de la demanda a probar que han cumplimentado el mandato de notificación, sin el cual, el órgano judicial rechazará su admisión.

De acuerdo con el art. 13.3 LEC, el interviniente será parte a todos los efectos, pudiendo defender las pretensiones de litisconsorte o las que propiamente formule, siempre que tenga oportunidad procesal para ello y con independencia de que aquél renuncie, se allane, desista o se aparte de la causa.

3) En el caso de intereses difusos, el llamamiento realizado a través de la publicación en medios de comunicación de la admisión de la demanda, suspenderá el proceso por un plazo que no excederá de dos meses, y que se determinará atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Pasado este plazo, el proceso se reanudará con la intervención de los consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual posterior de consumidores, los cuales sólo podrán hacer valer sus derechos una vez recaída sentencia, conforme a los arts. 221 y 519 LEC.

b) Competencia para conocer y trámite procesal

Con carácter general, la jurisdicción competente para conocer de las acciones de cesación y de las pretensiones indemnizatorias o restitutorias acumuladas, es la civil. La competencia objetiva le corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, aun cuando, conforme prevé el artículo 86.ter.2 y ter.2.a) de la LOPJ, en el caso de acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad y supuestos de condiciones generales, la competencia es de los Juzgados de lo Mercantil.

La competencia territorial en las acciones de cesación viene determinada por un fuero establecido en la regla 16ª del 52.1 de la LEC: «Será juez competente el del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio, si careciera de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor»; en otras acciones colectivas distintas de las de cesación, habrá que estar a los fueros generales de los artículos 50 y 51 del mismo texto

³⁶⁹ GARCÍA TUÑÓN, A. M., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, dirigido por LORCA NAVARRETE, A. M., Valladolid 2000, pág. 207.

legal o a los especiales del artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en materia de seguros y venta de bienes muebles a plazos, el del juez del domicilio del asegurado o del comprador o prestatario o el tribunal del domicilio de quien hubiera aceptada la oferta, respectivamente).

En consecuencia, y conforme prevé el artículo 250.1.12º de la LEC, habrán de tramitarse por el cauce del juicio verbal las acciones de cesación que se ejerciten *en exclusiva* o aquellas a las que se acumulen acciones indemnizatorias o resarcitorias en cuantía inferior a los 6.000 € de acuerdo con el apartado 2 del propio artículo 250 de la LEC, cuantías que se calculan de acuerdo con las reglas de los artículos 251.1ª y 252.2ª de la LEC.

Sin embargo, en los supuestos en los que se ejercite la acción de cesación junto con acciones de reclamación indemnizatoria o resarcitoria en cuantía superior a los 6.000 €, el trámite a seguir habrá de ser el del procedimiento ordinario, determinado en atención a la cuantía de las referidas reclamaciones conforme establece el artículo 249.2 de la LEC.

Este criterio hermenéutico es el que se mantiene, entre otras, en la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja de 5 de abril de 2005, nº 96, cuando establece que *«[...] no hay ningún inconveniente para que se acumulen las acciones, aun cuando alguna de ellas esté sujeta a una regla de procedimiento por razón de la materia, pudiendo alegarse para reforzar esta conclusión el contenido del número 3 del apartado 1 del artículo 73 que establece como requisito respecto de la admisibilidad de la acumulación de acciones la circunstancia de que la Ley no prohíba la acumulación, en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del juicio que se haya de seguir»*.

Por su parte, la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004 (AC 2004, 5), admite la acumulación de las acciones de cesación con las indemnizatorias o resarcitorias, señalando que el procedimiento de trámite será el que corresponda según la cuantía de la acción resarcitoria o indemnizatoria, por cuanto las acciones ejercitadas exceden del objeto propio de la acción de cesación. En similar sentido, las sentencias de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante de 25 de mayo de 2006, rec. 76/2006 y la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de junio de 2008.

La solución propuesta parece también la más acorde con el criterio expresado en el auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de enero de 2005, rec. 584/2004, que pone el acento en el hecho de que *«parece más que discutible que pueda acumularse a un Juicio Verbal un Juicio Ordinario [...] al no proporcionar el primero las mismas garantías procesales que el segundo»* y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2007, rec. 583/2000, cuando recuerda que no se produce indefensión ni pérdida alguna de garantías para la parte demandada como consecuencia de la tramitación del procedimiento por el cauce del procedimiento ordinario -frente al trámite del antiguo juicio de cognición a que se refería el caso concreto-.

En consecuencia, el único fuero especial para las acciones colectivas es el previsto en el art. 52.1.16.º LEC para las acciones de cesación, según el cual: «*En los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de éste, el de su domicilio, si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor*». El fuero de las demás acciones colectivas se determinará por las normas generales de competencia.

Según el art. 250.1.12.º LEC, se decidirán en el ámbito del juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Se pretende así dotar de una gran celeridad al proceso, pues no será necesaria la audiencia previa del juicio ordinario, ventilándose cuantas cuestiones de hecho y de Derecho se puedan suscitar en la comparecencia a la vista.

En un principio, pues, dada la aparente simplicidad de las cuestiones a debatir, esto es, la obtención de una declaración judicial por la que se determine la cesación de determinada conducta empresarial o profesional y la prohibición de su reiteración en lo sucesivo, el legislador ha optado por el cauce del juicio verbal.

No obstante, en atención al número de cláusulas impugnadas, la complejidad técnica de las mismas, lo extendido de su aplicación y la posibilidad de que fueran varios los demandados, habría sido preferible que el legislador hubiera contemplado la posibilidad de flexibilizar el cauce del juicio verbal, o remitir al juicio ordinario, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, de 11 de mayo de 2004, que resolvió el recurso de apelación presentado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de los de Madrid, de 24 de septiembre de 2003, iniciado por demanda presentada por una asociación de consumidores contra varias entidades bancarias para obtener el cese de la utilización de diversas cláusulas contractuales, en que la propia audiencia reconoce en la sentencia que la demora en su pronunciamiento, además de por la consabida carga de trabajo, deriva de la «especial complejidad de la presente resolución». Alguna de las entidades demandadas llegó a cuestionar la idoneidad del juicio verbal para ventilar con las garantías debidas las más de cuarenta acciones colectivas de cesación acumuladas contra las cuatro demandadas, a lo cual respondió el Tribunal *ad quem* que la idoneidad del juicio verbal era absoluta, por mandato del citado art. 250.1.12.º LEC.

Dado que, en el caso de ejercicio de acciones de cesación, la concentración en el acto del juicio de todas las pruebas puede plantear dificultades, especialmente si el proceso es complejo por su prolijidad o dificultad técnica, se podría acudir a las *diligencias finales* previstas en los arts. 435 y 436 LEC.

Aunque estas diligencias se regulan en sede de juicio ordinario, justo antes del comienzo de la regulación del juicio verbal, PEREZ BENITEZ estima que su aplicación es extensiva a los juicios verbales, entre otros motivos, porque «*La estructura del juicio verbal es alegada también como argumento a favor de su*

admisión.

Se razona que la brevedad del plazo para la solicitud de pruebas y la evidente imposibilidad de que algunas de ellas se practiquen en un solo acto, por variedad de causas, aconseja en este proceso el uso de las diligencias finales»³⁷⁰.

A diferencia de otras de las leyes modificadas por la Ley 39/2002, la LCGC prevé la posibilidad de acumular a las acciones de cesación acciones de resarcimiento. Estas acciones no se habrán de seguir necesariamente por el juicio verbal, sino por el juicio que corresponda por razón de la cuantía, y por el juicio ordinario siempre que versen sobre condiciones generales de la contratación (art. 249.1.5.º LEC).

La eventual acumulación de acciones, de acuerdo por el art. 73.1.2.º LEC no será admisible cuando las acciones deban ventilarse por razón de su materia en juicios de diferente tipo, es decir, que ante la concurrencia del ejercicio de una acción de cesación con otra resarcitoria deberían resolverse una por un cauce procesal y la otra por otro.

Sin embargo, en línea con la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 22 de enero de 2004, aceptando que las acciones resarcitorias excedan, como será habitual, el ámbito del juicio verbal por su presumible cuantía (no superior a 3.000 € art. 250.2 LEC), o por ser ésta imposible de calcular, el procedimiento adecuado para resolver las acciones de cesación y las indemnizatorias, conjuntamente, sería el juicio ordinario, pues el art. 73.3 LEC prevé que se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes para casos determinados, y sin duda, tras la reforma operada por la Ley 39/2002, la LCGC parece referirse al posible ejercicio simultáneo de ambas acciones en su art. 12.2.

8) La sentencia y su ejecución

El art. 221 LEC regula el alcance de la sentencia en los juicios en los que se ventilen acciones colectivas. El art. 221 LEC permite determinar, a la vista del apartado primero, los *tipos de acciones colectivas en atención al «petitum»*: acciones de condena, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, además de otros tipos que les son propios (por ejemplo, las acciones colectivas de cesación o retractación).

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 22 de enero, de 2004, en la que se anulan las actuaciones seguidas por inadecuación de procedimiento, se retrotraen las actuaciones a un momento procedimental determinado, si bien el Tribunal se refiere tangencialmente al fondo, *«manifestando las serias dudas que suscita a esta sala el hecho de que pueda ser objeto de una acción colectiva la resolución masiva de contratos sin que intervengan en el proceso las personas que han suscrito el mismo»*, pues la

³⁷⁰ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., «Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos», *Diario La Ley*, núm. 6.554, 21 de septiembre de 2006, págs. 3 y 4.

voluntad de resolver el contrato deberá ponerla de manifiesto el consumidor, bien en el proceso en el que se desenvuelve la acción colectiva, bien en un proceso individual posterior, pues la estrategia consistente en resolver el contrato podría no ser adecuada a sus intereses, o serlo pero con matices.

Habrán de ser determinados individualmente los consumidores pertenecientes al grupo o colectivo que hayan de beneficiarse de la condena y, subsidiariamente, de no ser posible, la sentencia habrá de establecer los datos, características y requisitos precisos para poder exigir el pago.

Además, junto con la declaración referida en el párrafo anterior, el Tribunal deberá pronunciarse sobre las acciones individuales ejercitadas por los consumidores.

Lo que no será posible, según el art. 209.4.^a LEC, es que la sentencia reserve la cantidad objeto de condena a la ejecución, salvo que se fijen las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma tal que ésta consista en una mera operación aritmética (art. 219.1 LEC).

En consecuencia, tanto los beneficiarios de la sentencia, ya sea por ejercicio de un acción colectiva o particular, como la condena consistente en el pago de una cantidad deberán quedar perfectamente precisados o, al menos, las bases con las que unos u otros se determinen. SILGUERO STAGNAN indica que queda sin regular la posibilidad de establecer un fondo u otro mecanismo de indemnización acorde la realidad de los daños colectivos.

La práctica habitual en España, ha consistido en la aprobación de ayudas por las Administraciones Públicas, como, por ejemplo, ocurrió en el caso del hundimiento del buque Prestigie en el año 2002, y la aprobación del Real Decreto-Ley 7/2002, de 22 de noviembre, ampliado por el Real Decreto-Ley 8/2002, de 13 de diciembre.

El art. 519 LEC dispone, en sede de ejecución de sentencia, que: *«Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del art. 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución»*. No se podrán sumar a la ejecución los que individualmente hubieren visto desestimadas sus demandas instadas a título particular o por intervención en el proceso iniciado por la asociación.

De acuerdo con el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.^a, de 12 de enero de 2006, será preciso, ante el silencio de la LEC, que la sentencia adquiera firmeza para que el Tribunal proceda al reconocimiento como beneficiarios tanto de particulares como del colectivo, en aras de evitar la sobrecarga procesal y el quebranto de la seguridad jurídica.

No cabrá, por tanto, ejecución provisional, de acuerdo con los arts. 526 y concordantes de la LEC, cuando la sentencia haya sido recurrida pues, como afirma el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, de 29 de septiembre de 2005, en cuyo caso la sentencia favorable para el consumidor estaba recurrida en casación: *«para que pueda instarse la ejecución provisional al amparo del art. 526, precisa que el demandante haya obtenido pronunciamiento a su favor, que no consta en este caso, ni puede suplirse o reconducirse a los supuestos de ejecución forzosa del art. 519, según se ha puesto de manifiesto a lo largo de este auto, pues en dichas acciones colectivas la Ley distingue perfectamente los supuestos de legitimación, personación y reconocimiento de los efectos a los perjudicados o beneficiarios, en el momento procesal oportuno».*

La Ley 39/2002, ha introducido un régimen de multas para el caso de que el empresario o profesional condenado como consecuencia del ejercicio de una acción de cesación no cumpliera lo que le incumbe, cuyo régimen se establece en el art. 711.2 LEC: *«La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil €, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público».* Finalmente, el art. 221.2 se refiere a la publicación de la sentencia estimatoria de una acción de cesación en medios de comunicación, siendo objeto de desarrollo por el art. 707 LEC.

9) Cosa juzgada

La *cosa juzgada* alude a los efectos que producen las sentencias que deciden sobre el fondo del debate, ya con carácter interno, en el ámbito mismo del proceso en que se dicten, ya sea con carácter externo, en otros procesos posteriores.

La cosa juzgada material es la vinculación que produce la parte dispositiva de una sentencia firme sobre el fondo de un proceso ulterior, ya excluyéndolo totalmente del conocimiento y decisión judicial, cuando el objeto sea idéntico (*función negativa o excluyente de la cosa juzgada*), ya vinculando al órgano del enjuiciamiento cuando lo resuelto en el proceso precedente constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del proceso ulterior, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal (*función positiva o prejudicial de la cosa juzgada*). A la cosa juzgada material con relación a las acciones colectivas se refiere el art. 222.3, párrafo primero LEC: *«La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley».*

El criterio adoptado por la LEC se separa de la tradicional eficacia limitada de la cosa juzgada con relación a los efectos favorables, apartándose de la doctrina jurisprudencial recaída con respecto a la comunidad de bienes, donde la iniciativa de un comunero tan sólo se extenderá al resto en el caso de que

resultara favorable para éstos.

Por tanto, la cosa juzgada extenderá a todos los perjudicados sus efectos, sean o no favorables, incluido el caso en el que concurran intereses difusos, de acuerdo con el art. 11.3 LEC.

Esto puede plantear problemas desde la perspectiva de la defensa de los miembros del grupo que no hayan comparecido al llamamiento realizado ex art. 15 LEC, dada la imposibilidad de excluirse del grupo, a pesar de lo cual se verán alcanzados por eventuales efectos desfavorables, pues si la consideración de un individuo no ha sido determinante para conferir legitimación al grupo, no se deberá excluir su legitimación particular para un ulterior proceso, dado que no se verán afectados por la cosa juzgada en este tipo de procesos: quienes no tuvieron oportuno conocimiento del pleito; quienes, habiéndolo tenido, hubieran expresado antes de que se dicte sentencia su voluntad contraria al litigio, o a alguno de los términos esenciales del mismo, es decir, sujetos demandados, contenido básico de los hechos alegados y pretensión formulada; y quienes, habiéndose personado en el pleito, hubieran renunciado a su derecho, o transaccionado con la parte demandada, o (en la expresión empleada en el art. 13.3 primer párrafo *in fine* LEC) por cualquier otra causa se hubieran apartado del procedimiento antes de dictarse sentencia. Respecto de la extensión de la *cosa juzgada material*, surge el incidente del artículo 519 de la LEC, pues bajo la rúbrica *Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios*, el artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece que:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas: 1ª. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.- Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante. 2ª. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. 3ª. Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones. 2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora».

Así pues, si se hubieran personado consumidores o usuarios determinados conforme a lo previsto en el artículo 15 de la LEC, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones conforme a lo previsto en el artículo 221.1.3ª de la LEC; además, deberá la sentencia determinar su alcance ultra partes, y si ha de surtir efectos procesales frente a quienes no hayan sido parte en el proceso, conforme al artículo 221.1.2ª de la LEC; en el caso de que se hubiera ejercitado una pretensión acumulada a la acción de cesación interesando una prestación dineraria, de hacer, no hacer o de dar cosas específica o genérica, la resolución determinará individualmente los consumidores beneficiados, y en caso de no ser posible, las características y requisitos que deban reunir quienes puedan exigir el pago o instar la ejecución de la sentencia.

El artículo 221.1 2ª LEC establece que *«si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará, si conforme a la legislación de protección de los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente»*, mientras el precepto del 222.3.I) in fine prevé que *«la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte [...] así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley»*.

A la vista de estos dos preceptos, un importante sector de la doctrina ha advertido del solapamiento o aparente contradicción existente entre ambos, por cuanto los efectos procesales a que se refiere la regla 2ª del artículo 221.1 de la LEC no pueden ser otros que los de la cosa juzgada material de la sentencia –de los que ya se ocupa el artículo 222- y los terceros que se pueden ver afectados por los mismos son los consumidores o usuarios no litigantes pero interesados en aquel proceso.

Algunos autores entienden, sin embargo, que la regla 2ª del artículo 221.1 no se refiere a los efectos de la cosa juzgada material, de la que se ocupa el artículo 222, y no estaría pensada para extender dichos efectos a los consumidores y usuarios no litigantes en la posición activa, de lo que se ocupa específicamente el artículo 222.3 I), sino que podría referirse a otros eventuales demandados, de forma que, en el caso de que la sentencia, por ejemplo, declarare nula una condición general de contratación, pudiera producir efectos *erga omnes*, resultando que otros empresarios no demandados tampoco podrían insertarla en sus contratos.

Sin embargo, esta interpretación vulnera frontalmente el principio de audiencia y la interdicción de la indefensión, sin que tan grave efecto pueda evitarse garantizando a estos eventuales demandados la misma publicidad del proceso que establece la LEC en el artículo 15 para los demandantes, supuesto que por otra parte, no está previsto en la redacción actual de dicho precepto.

La única interpretación posible de las dos normas aludidas conforme a su tenor literal actual resulta generadora de cierta inseguridad jurídica, lo que por sí sólo justifica su reforma. En ese sentido, se proponía al legislador la inclusión de

una precisión acerca de cuál sea el ámbito de aplicación específico del artículo 221.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en caso de que el precepto se refiera -constituyendo esta la exégesis más correcta- a la cosa juzgada material en los procedimientos en los que se ejerciten acciones colectivas, debería entonces suprimirse el tenor del apartado 3º *in fine* del artículo 222 o al menos matizarse su contenido haciendo uso, por ejemplo, de una cláusula de remisión con el texto siguiente «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 221.1.2º*», de modo que la cosa juzgada en esos supuestos surta efectos más allá de las partes en el procedimiento no en todo caso, sino tan solo en los supuestos en que así se determine en la propia resolución (221.2ª LEC).

Por otra parte, resulta obvio que la tutela jurisdiccional de los intereses de consumidores y usuarios no se agota con la mera obtención de una sentencia de condena, puesto que en ocasiones será necesario acudir a un proceso ejecutivo para hacer ejecutar lo juzgado.

En primer término, las sentencias declarativas, agotan su eficacia en la mera declaración contenida en la misma, por lo que conforme al artículo 521 de la LEC, no se despachará ejecución de ellas.

En cuanto a las sentencias firmes de condena donde no se determina su ámbito subjetivo u objetivo, si existen especialidades en cuanto a su cumplimiento, previstas en el artículo 519 de la LEC, que se refieren tanto al cumplimiento voluntario de la sentencia como a los casos en que, en ausencia de cumplimiento voluntario, sea preciso acudir al proceso de ejecución, por cuanto en dicho incidente el consumidor individual que reúna los datos, características y requisito especificados en la sentencia de condena «abierta», pueda ser reconocido como tal beneficiario de dicha sentencia, y en consecuencia, exigir del condenado el cumplimiento de la misma.

Así pues, cuando la sentencia estimatoria de las pretensiones de cesación y de condena no contenga una determinación individual de los beneficiarios, se estará a lo dispuesto en el artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual:

«Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución».

Aun cuando el precepto se halla ubicado entre las disposiciones legales del proceso de ejecución, no lo es en puridad por cuanto el artículo 221, del que trae causa el 519, dispone que los requisitos, datos y características establecidos en la sentencia sirven tanto para exigir el pago o cumplimiento, como para instar la ejecución, y el propio artículo 519 establece que el testimonio del auto dictado permite a los sujetos reconocidos en el mismo instar la ejecución, de modo que es obvio que el incidente se realiza fuera del proceso de ejecución, y tampoco forma parte del proceso de declaración,

puesto que la sentencia ya está dictada. Se prevé de este modo un título ejecutivo complejo, compuesto por la sentencia de condena a la que se suma el auto que reconoce al consumidor individual como beneficiario de la misma.

Así pues, el incidente se considera declarativo de ampliación subjetiva de la parte dispositiva de la sentencia de condena en la que no se ha efectuado la determinación individualizada de los beneficiarios.

La competencia para conocer del incidente, según reza el artículo 519 de la LEC es del tribunal competente para la ejecución, que no es otro que el órgano que dictó la sentencia en primera instancia.

El precepto se limita a establecer como únicos trámites procedimentales la solicitud de los interesados y la audiencia del condenado, aun cuando en algunos supuestos debería llevarse a efecto actividad probatoria conforme al artículo 387 y siguientes de la LEC sobre cuestiones incidentales, con celebración de vista, práctica de prueba y auto.

En cuanto respecta a la liquidación de daños y perjuicios, el artículo 519 no parece estar pensado para supuestos en que haga falta una liquidación de daños y perjuicios en toda regla. En ese caso, parece adecuada la vía prevista en los artículos 712 y siguientes de la LEC aun cuando se trata de un procedimiento a utilizar cuando deba fijarse la cantidad debida en la ejecución forzosa³⁷¹, y en este caso, aun no se está en puridad en un procedimiento de ejecución.

Sin embargo, es este mismo procedimiento el que se utiliza para fijar la cuantía de la indemnización en caso de medidas cautelares «injustificadas», es decir, aquellas que fueron adoptadas en un proceso que termina por sentencia firme absoluta, y en estos casos tampoco se está técnicamente ante una ejecución.

Así, la Ley 39/2002 de 28 de Octubre, que modificó algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para facilitar la reclamación y defensa de intereses colectivos olvidó la fase de ejecución donde no introdujo modificación alguna, por lo que el único precepto de referencia sigue siendo el art. 519 pensado para la ejecución individual, por lo que la laguna legal debe ser colmada aplicando los criterios tradicionales de integración e interpretación de las normas, por lo que deben fijarse claramente las bases de la ejecución, en

³⁷¹ Existe una experiencia pionera en la Fiscalía de Córdoba, en la que en el marco del Procedimiento número 1544/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba, el Fiscal (Fernando SANTOS URBANEJA, Fiscal de la Fiscalía de Córdoba) instó la ejecución en beneficio de los consumidores y usuarios, siendo resuelta la cuestión por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba en el Auto nº 367/09, acogiendo la solicitud en lo que respecta a la concesión de las diligencias que se habían pedido en beneficio y en defensa de los consumidores y usuarios. La Fiscalía de Cantabria, recogiendo las quejas de la Federación de Consumidores, interpuso demanda contra Telefónica relativa al cobro «abusivo» del servicio de identificación de llamadas, que ha sido desestimada en Sentencia de 17 de septiembre de 2012 por Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Santander (Magistrado María del Mar Hernández Rodríguez).

términos que permita la ejecución colectiva en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios a través del procedimiento propuesto, o en todo caso, se establezcan de modo claro y definitivo las bases necesarias para que la sentencia pueda ejecutarse, pues de otro modo, si no se cuenta con criterios claros, la ejecución está abocada a una continua discrepancia que, a la postre, hará imposible la ejecución colectiva.

4. Organización del sistema arbitral de consumo

A. Las Juntas Arbitrales de Consumo

El sistema arbitral de consumo se organiza a través de cuatro figuras (art. 4 RDAC): las Juntas Arbitrales de Consumo, los órganos arbitrales, y dos nuevas instituciones, que son la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo.

Las JA son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo, y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros (art. 5.1).

Sus funciones vienen detalladamente enumeradas en el art. 6 RDAC. Además de las previstas en el viejo art. 4 RD 636/1993³⁷², se añaden otras como la de resolver sobre las ofertas públicas de adhesión y conceder o retirar el distintivo de adhesión, comunicar al registro público de empresas adheridas los datos de las empresas que han realizado ofertas públicas de adhesión a través de esa Junta Arbitral³⁷³, dar publicidad de las empresas que se han adherido al sistema arbitral, elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados antes esa Junta Arbitral, gestionar el archivo arbitral, llevar los libros de registro relativos a los procedimientos arbitrales, gestionar el registro de laudos emitidos (que será público), etc.

Uno de los grandes problemas de la normativa anterior era la ausencia de un diseño territorial de Juntas Arbitrales.

En virtud de los acuerdos suscritos entre el INC y la Administración Pública correspondiente, se han ido creando muchas Juntas Arbitrales de distinto ámbito territorial (autonómica, provincial, de mancomunidad de municipios, y municipal), además de la Junta Arbitral Nacional³⁷⁴.

³⁷² Fomento y formalización de convenios arbitrales, actuaciones de mediación, confección y actualización del censo de empresas que han realizado OPASAC, y elaboración y puesta a disposición de los interesados de modelos de convenio arbitral.

³⁷³ El registro público de empresas adheridas está regulado en el art. 31 RDAC. Se trata de un registro de carácter público, gestionado por el INC, al que se podrá acceder de forma rápida y gratuita para obtener información sobre las empresas adheridas. A través del procedimiento normalizado que se habilite, las JA notificarán al registro las OPASAC o su denuncia, así como los acuerdos de concesión o retirada del distintivo de empresas adheridas.

³⁷⁴ Según el INC, existen en la actualidad las siguientes Juntas Arbitrales: 1 JA Nacional, 19 Autonómicas, 10 Provinciales, 3 de mancomunidad de municipios, y 40 Municipales.

Esta superposición territorial de Juntas Arbitrales puede distorsionar el sistema, sobre todo cuando no existen criterios de atribución de competencia territorial de las Juntas. Ante esta situación, parece que la intención primera del INC era utilizar la nueva regulación del arbitraje de consumo para realizar un diseño territorial de las Juntas.

Lo cierto, sin embargo, es que las Administraciones que ya contaban con Juntas Arbitrales no querían ser privadas de ellas. La solución final ha sido mantener las cosas tal y como estaban, y permitir, por tanto, la constitución de Juntas Arbitrales territoriales mediante convenio entre las Administraciones Públicas y el INC.

Una de las novedades de la norma es que estos convenios podrá prever la constitución de delegaciones de la Junta Arbitral territorial, ya sean territoriales o sectoriales (art. 5.2).

En todo caso, los convenios de constitución de Juntas Arbitrales existentes debieron adaptarse a la nueva normativa antes del 25 de agosto de 2010 (DT 1.^a), aunque hasta esa fecha las Juntas Arbitrales pudieron seguir actuando basándose en los convenios vigentes.

En cuanto a la composición de las Juntas, el art. 7.1 reproduce el viejo art. 3.4 RD 636/1993. Además, de existir delegaciones territoriales o sectoriales de la JA, pudiendo designar Presidente y Secretario de la delegación (art. 7.3.II RDAC), aunque fue obligado hacerlo.

Por otra parte, se fijaron las funciones del Secretario de la JA: garantizar el funcionamiento administrativo de la JA, siendo el responsable de las notificaciones de los actos de la Junta (art. 7.3.I). Por último, se ha resuelto la cuestión, doctrinalmente debatida, de la naturaleza de los actos de la Junta Arbitral, al declarar que la actividad de la Junta es de carácter administrativo, por lo que le será de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) en lo no previsto expresamente en el RDAC (art. 3.2).

Todas las resoluciones del Presidente de la Junta Arbitral ponen fin a la vía administrativa, salvo la posibilidad de interponer recurso contra la admisión o la inadmisión de solicitud de arbitraje, prevista en el art. 36 RDAC (art. 7.2).

B. Órganos arbitrales

Una de las novedades más interesantes del RD 231/2008 es la posibilidad de que en determinados casos conozca un único árbitro. Que exista un único árbitro lo permite el art. 57.2 LGDCU (cuyo origen está en la DF 6.^a.3 de la Ley 44/2006), que remite a un futuro reglamento.

Ahora, el art. 18.1 RDAC admite que los órganos arbitrales pueden ser unipersonales o colegiados, dedicando a cada uno de ellos, respectivamente,

los arts. 19 y 20 RDSAC.

Habrá árbitro único: a) cuando las partes así lo acuerden; o b) cuando lo acuerde el Presidente de la Junta Arbitral, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 € y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje (art. 19.1). Se piensa, por tanto, que un único árbitro es suficiente para conocer de conflictos de baja cuantía económica o de fácil resolución.

Se persigue así reducir el coste económico que tiene el arbitraje para la Administración, pues para ese tipo de conflictos no es adecuado constituir un colegio de tres árbitros.

Sin embargo, no conviene desconocer que uno de los motivos del éxito del arbitraje de consumo deriva del hecho de que el empresario se siente «representado» en el colegio arbitral, al ser uno de los tres árbitros nombrado a propuesta de las organizaciones empresariales o profesionales.

Cosa que no sucede en los casos de árbitro único, pues éste será nombrado entre los árbitros propuestos por la Administración (art. 19.3)³⁷⁵.

Para evitar recelos del sector empresarial se establece, con buen criterio, que «las partes podrán oponerse a la designación de un árbitro único» (art. 19.2).

Es evidente que esta oposición al árbitro único puede realizarse en la solicitud de arbitraje presentada por el consumidor, en la contestación a la misma por el empresario, o incluso en la OPASAC del empresario. Más dudoso es si, ante el silencio previo de las partes sobre este punto, cabe oponerse al árbitro único una vez que éste ya haya sido designado por el Presidente.

El órgano arbitral colegiado, denominado colegio arbitral (art. 20.1), está formado por tres árbitros, designados cada uno de ellos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y las organizaciones empresariales o profesionales (igual que en el RD 636/1993; art. 11.1). El Presidente del colegio lo designará el Presidente de la JA, aunque en determinados casos lo pueden nombrar de mutuo acuerdo las partes (art. 20.2 RDAC, siguiendo al art. 11.1 RD 636/1993).

En cuanto a los dos árbitros vocales, el RD 636/1993 establecía un doble mecanismo de designación que no tenía sentido, pues colocaba al empresario y al consumidor litigantes en mejor o peor situación para designar los árbitros en función de quién formule la reclamación (si directamente el consumidor o a través de una asociación de consumidores) y de si el reclamado forma parte o no de una asociación empresarial adherida al sistema arbitral (arts. 11.1.b) y c) RD 636/1993). Esto planteaba problemas de parcialidad. La nueva regulación cambia el sistema, en un sentido positivo. Ahora la designación la hará el Presidente de la JA «por turno», entre los que figuren en la lista de árbitros acreditados ante la Junta Arbitral de Consumo (art. 21.2).

³⁷⁵ Salvo que las partes, de común acuerdo, soliciten por razones de especialidad que dicha designación recaiga en otro árbitro acreditado (art. 19.3 RDAC).

En el mismo acto el Presidente designará, igualmente por turno, árbitros suplentes, sin que tal nombramiento implique que corra su turno para posteriores designaciones como árbitros titulares (art. 21.3). Los problemas de parcialidad, por tanto, desaparecen.

De una parte, se aclara que los árbitros designados para formar parte de un colegio no deben aceptar su nombramiento (como, con carácter general, exige el art. 16 LA), pues la solicitud de acreditación como árbitro implica la aceptación de su inclusión en la lista de árbitros acreditados ante esa JA y la aceptación del cargo de árbitro en los procedimiento en que sea designado como tal (art. 16.2).

De otra parte, ahora es claro (el RD 636/1993 guardaba silencio sobre este punto) que la designación de los árbitros debe ser notificada a las partes; así lo establece el art. 39.1 RDAC, y así se deduce también de su art. 22.2, según el cual las partes pueden recusar a los árbitros *«en el plazo de diez días desde la fecha en que les sea notificada su designación para decidir el conflicto»*.

Se crea la figura del secretario arbitral, entre cuyas funciones está la de asistir al órgano arbitral (art. 18.2.I, que enumera cuáles son sus funciones). Será el secretario de la JA o el designado por el Presidente de la JA (art. 18.2.II).

Se regula también la sustitución de un árbitro por otro. Aunque ello se contempla en el marco de la recusación de un árbitro, la regla instaurada debe generalizarse, y aplicarse también cuando haya que designar un nuevo árbitro por cualquier otra razón. La sustitución se realizará mediante el llamamiento del árbitro suplente, debiendo designarse un nuevo árbitro suplente en la misma forma en que fue designado el sustituido (art. 22.5.I).

En cuanto a qué sucede con las actuaciones practicadas antes del cambio de árbitro, el RDAC adopta una solución distinta a la prevista en el art. 20.2 LA, pues corresponde al nuevo árbitro decidir si continúa el procedimiento iniciado, dándose por enterado de las actuaciones practicadas, o si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas (art. 22.5.II).

C. La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo

El Real Decreto crea estas dos instituciones, con el fin de favorecer «la previsibilidad del sistema» (Exposición de Motivos). La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (arts. 9 a 11), integrada por tres Presidentes de JA (uno de ellos, el de la JA Nacional), tiene como objetivo el establecimiento de criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo. Con esa finalidad se le encomiendan las siguientes funciones (art. 11): 1) resolver los recursos que planteen las partes sobre la admisión o inadmisión a trámite de una solicitud de arbitraje, conforme a lo previsto en el art. 36 RDAC; 2) emitir informes técnicos, dictámenes o recomendaciones que sirva de apoyo a los árbitros en el ejercicio de sus funciones, en particular ante la existencia de laudos contradictorios; 3) emitir el informe preceptivo (y vinculante, si es negativo) para admitir una OPASAC limitada; y 4) emitir el informe preceptivo y no vinculante en el procedimiento de retirada de la acreditación como árbitro. Por su parte, el

Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (arts. 12 a 15) es el órgano colegiado, adscrito funcionalmente al INC, de representación y participación en materia de arbitraje de consumo.

De él forman parte una amplia representación de la Administración General del Estado, de las Juntas Arbitrales de Consumo y de las organizaciones sociales. Entre sus funciones, destacan las siguientes: seguimiento, apoyo y propuestas de mejora del sistema arbitral de consumo; aprobación de la memoria anual del sistema arbitral de consumo; aprobar programas comunes de formación de los árbitros, y fijar los criterios de honorabilidad y cualificación para su acreditación; elaborar directrices generales sobre los supuestos de admisión de OPASAC limitadas, y propuestas de convenios marco de constitución de Juntas Arbitrales territoriales; habilitar instrumentos que favorezcan la cooperación y comunicación entre las JA y los árbitros; editar y divulgar los informes técnicos y dictámenes de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y de los laudos dictados; y fijar criterios homogéneos sobre la creación de órganos arbitrales sectoriales y especializados.

D) La competencia territorial de las Juntas Arbitrales

Otro de los problemas que planteaba la regulación del arbitraje de consumo, al amparo de la regulación anterior, era la determinación de la junta arbitral competente para conocer de las solicitudes de arbitraje presentadas por los consumidores. Se llegó a afirmar que el Real Decreto 636/1993 no contenía criterios claros de determinación de la competencia³⁷⁶.

Ningún problema suscitaba la determinación de la competencia de la Junta Arbitral Nacional, a la que se atribuía con carácter exclusivo, el conocimiento de las solicitudes de arbitraje presentadas por las asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial excedía del de una Comunidad Autónoma, o las presentadas por los consumidores y usuarios que estuvieran afectados por controversias que superasen dicho ámbito (art. 3.1).

En cambio, la determinación de la competencia de las distintas juntas arbitrales territoriales sí generaba diversos problemas, derivados todos ellos de la falta de claridad en el orden en que debían aplicarse los criterios contemplados en el artículo 3.2 del Real Decreto, y de la falta de una norma que regulase la comunicación entre las distintas juntas, para el supuesto de que la junta arbitral ante la que se presentase la solicitud de arbitraje rechazara el conocimiento del asunto por una cuestión de incompetencia.

Ambos problemas encuentran solución en la nueva regulación. En cuanto al primer problema, el Real Decreto 231/2008 establece unos criterios subsidiarios de distribución de la competencia territorial, que se aplicarán a las solicitudes individuales de arbitraje. Aunque, de existir una limitación territorial de la oferta pública de adhesión, será competente la Junta arbitral a la que se haya adherido el empresario, y si éstas fueran varias, se deja a la elección del consumidor la determinación de la junta arbitral competente (art. 8).

³⁷⁶ GUTIÉRREZ SANZ, M.R (con otros): «Las juntas arbitrales de consumo», El sistema arbitral de consumo, directores Quintana y Bonet Navarro, op. cit., págs. 86 a 89.

En primer lugar, se señala que es competente la junta arbitral de consumo a la que ambas partes de común acuerdo sometan la resolución del conflicto.

Este criterio se aplicará con independencia de la existencia de otros puntos de conexión con otros territorios.

En su defecto, se aplicará el criterio del *forum domicilii* del consumidor, esto es, de no existir acuerdo entre las partes, será competente la junta arbitral en la que tenga su domicilio el consumidor.

No obstante, este criterio no se aplicará cuando resulten competentes varias juntas arbitrales, esto es, cuando en el municipio del consumidor ejerzan sus funciones varias juntas, señalándose que en este supuesto será competente para conocer del asunto la de inferior ámbito territorial (siendo competente la junta arbitral municipal frente a la provincial, y la junta arbitral provincial frente a la autonómica).

Todos los supuestos anteriores se establecen, partiendo del supuesto de un solo consumidor solicitante. Resulta obvio, que en el caso de una pluralidad de solicitudes de arbitraje acumuladas en un sólo procedimiento arbitral, estos criterios han de verse alterados. En este contexto, el RDAC prevé unos criterios específicos para el procedimiento de arbitraje colectivo.

A tal propósito se sanciona que será competente la junta arbitral de consumo en la que estén domiciliados todos los consumidores y usuarios que formularon las reclamaciones acumuladas; y, para el supuesto de que éstos estén domiciliados en más de una Comunidad Autónoma, el conocimiento del asunto se atribuye a la Junta Arbitral Nacional (art. 57).

En cuanto al segundo problema, este Real Decreto señala que cuando la solicitud de arbitraje se presente ante una junta arbitral que se considere incompetente, ésta deberá dar traslado a la junta arbitral que estime competente (art. 37.1). Nada indica la norma para los supuestos en que aquella junta también se considere incompetente.

En este aspecto, puede plantearse, bien la viabilidad de un conflicto negativo de competencias ante la Comisión de la Junta Arbitral de Consumo, pues a ella le corresponde establecer criterios homogéneos entre las distintas juntas; bien, la imposibilidad de que la segunda junta arbitral pueda rechazar el conocimiento del asunto.

5. El convenio arbitral de consumo.

El convenio arbitral constituye la pieza angular del arbitraje, pues deviene el fundamento y el límite del mismo. Sin convenio no hay arbitraje, pues en él las partes expresan su voluntad de someter un determinado conflicto al arbitraje, con exclusión de la Jurisdicción.

Ciertamente, el convenio arbitral tiene tal trascendencia que el Real Decreto

231/2008 le ha dedicado todo el Capítulo III (arts. 24 a 32).

La regulación del convenio arbitral de consumo comienza con la enumeración de los diversos modos en los que puede celebrarse, manteniéndose los cuatro modos contemplados en el Real Decreto 636/1993.

Es decir, el convenio celebrado en contrato separado, en una cláusula contractual incorporada al contrato principal, el celebrado mediante oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo, o el celebrado mediante solicitud de arbitraje por el consumidor seguida de la aceptación por parte del empresario, para el supuesto de que el convenio arbitral no conste en cualquiera de los modos anteriores (art. 24). En este último supuesto, el empresario reclamado dispondrá de un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje, así como para, en su caso, contestar a la solicitud de arbitraje formulando las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho.

Trascurrido dicho plazo sin que conste la aceptación del arbitraje por el reclamado, el presidente de la junta arbitral de consumo deberá ordenar el archivo de la solicitud (art. 37. 3, *b*). Si por el contrario, el empresario acepta la solicitud de arbitraje, el procedimiento arbitral se considerará iniciado en la fecha de entrada de la aceptación en la junta arbitral de consumo.

Por lo que respecta al convenio arbitral estipulado en contrato separado o en cláusula contractual incorporada al contrato principal, el Real Decreto 231/2008, al contrario que su predecesor, sí ha especificado cuál debe ser el contenido del mismo, señalando que deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del sistema arbitral de consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo (art. 24.1).

En este aspecto, ha de tenerse en cuenta que el convenio arbitral de consumo puede referirse a una cuestión litigiosa ya surgida o que pueda surgir en el futuro, en tanto que los convenios arbitrales suscritos con los consumidores distintos del arbitraje de consumo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material, considerándose abusiva la cláusula que se incorpora al contrato principal en este sentido (art. 57.4 y 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

En cuanto a la forma que puede adoptar el convenio arbitral, el Real Decreto 231/2008, reproduciendo en parte el tenor literal de la Ley de Arbitraje, establece la regla de que el convenio ha de constar por escrito, en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito, cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

En cambio, el Real Decreto 231/2008 no realiza mención alguna a la cláusula arbitral por referencia, o al convenio arbitral presunto, como formas de realizar el convenio arbitral de consumo (art. 9.4 y 5 LA).

Se entiende que existe una cláusula arbitral por referencia cuando aquélla no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace del segundo³⁷⁷. Se entiende que existe un convenio arbitral presunto cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Estas omisiones parecen oportunas, habida cuenta, por un lado, que la cláusula arbitral por referencia puede ser muy peligrosa en materia de consumo, en la que existe una parte más débil, el consumidor; y por otro, el hecho de que el sistema arbitral de consumo prevé como un modo propio de celebrar el convenio arbitral, la solicitud de arbitraje presentada por el consumidor seguida de la aceptación por parte del empresario. Aceptación, que ha de ser expresa; por tanto, no cabe la celebración de un convenio arbitral presunto.

6. Las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo

De este modo el art. 24.1 RDAC, claramente inspirado en el art. 9.1, define lo que es un convenio arbitral, y exige que conste por escrito, si bien el requisito de la forma escrita se concibe de manera muy amplia³⁷⁸.

Además, este precepto (art. 24) regula la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo, y la solicitud de arbitraje por el consumidor seguida de aceptación del empresario, cuando no hay oferta pública (arts. 24.4 y 37.3.b).

Especial importancia tiene la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo, pues es el modo más característico de celebrar el convenio arbitral de consumo.

*De existir oferta pública de adhesión, y habiéndose admitido ésta, el convenio arbitral se entenderá válidamente formalizado por la mera presentación de la solicitud por parte del consumidor, siempre que ésta coincida con el ámbito de la oferta*³⁷⁹.

Por oferta pública de adhesión se entiende, pues, la declaración unilateral del empresario o profesional mediante la cual se compromete a resolver los conflictos futuros que tenga con sus consumidores o usuarios a través del Sistema arbitral de consumo (art. 25.1).

³⁷⁷ CREMADES, B.M.: «El convenio arbitral y sus efectos», *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinadores MARTIN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO, Madrid, 2006, pág. 297

³⁷⁸ Puede tratarse de un documento firmado por las partes, o puede consistir en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo.

³⁷⁹ Igualmente, se entenderá válidamente formalizado por la mera presentación de la solicitud si consta acreditado que ésta se formalizó durante el tiempo que la empresa o profesional utilizó el distintivo público de adhesión, aun careciendo de tal derecho (art. 24.3).

Esta declaración habrá de realizarse por escrito, por vía electrónica a través de la aplicación electrónica habilitada por el Ministerio de Sanidad y Consumo para el sistema arbitral de consumo, o por cualquier otro soporte (v.gr. electrónico), que permita tener constancia de la presentación de la oferta, así como de su autenticidad.

En ella, el empresario habrá de indicar el plazo de validez de la oferta, si opta por un arbitraje de derecho o de equidad, así como, si acepta someter el conflicto a la mediación previa por los órganos arbitrales, porque de no constar estos extremos, el Real Decreto 231/2008 sanciona que la oferta se entenderá realizada por tiempo indefinido, al arbitraje de equidad y con aceptación de la mediación previa.

Al constituir la oferta pública de adhesión una declaración unilateral, no debe extrañar que, se haya emitido ésta con plazo o sin él, el empresario pueda revocar en cualquier momento su ofrecimiento (art. 29.1). La revocación de la oferta, como principal efecto conllevará la pérdida del derecho del empresario de usar el distintivo oficial de adhesión. No obstante, sólo surtirá plenos efectos a partir de los 30 días naturales a contar desde su comunicación a la junta arbitral; por ende, si el consumidor presenta una solicitud de arbitraje antes de que trascorra dicho plazo, la renuncia no surtirá efecto, debiendo entenderse válidamente formalizado el convenio arbitral (art. 29.3).

En cuanto al ámbito territorial de la oferta pública, el RDAC sanciona que «*será única, entendiéndose realizada a todo el sistema arbitral de consumo*» (art. 25.2). De este precepto, se pueden extraer dos reflexiones: por un lado, en sentido positivo, pues se ha introducido una presunción de adhesión general al sistema arbitral de consumo, poniendo fin a uno de los problemas prácticos que presentaba la regulación anterior, en orden a determinar si la oferta se realiza a todo el sistema arbitral de consumo o sólo a la junta arbitral en la que se presentó la adhesión, y, por otro lado, en sentido negativo, en cuanto a la oferta pública limitada de carácter territorial, implica que ésta deba precisar expresamente la junta o juntas arbitrales de consumo a las que se somete.

Precisamente por ello, el Real Decreto 231/2008 distingue la competencia para resolver sobre la admisión de la oferta pública, de la competencia para resolver la admisión de la solicitud de arbitraje presentada por el consumidor (arts. 8 y 27).

Respeto a los requisitos subjetivos para celebrar el convenio arbitral, el Real Decreto, como novedad, dispone que «*la oferta pública habrá de realizarla el representante legal de la empresa o profesional que tenga poder de disposición, previo acuerdo, en su caso, del órgano de gobierno correspondiente*» (art. 25.4).

La literalidad de este precepto obliga a realizar una labor de interpretación, habida cuenta que establece unos requisitos más rigurosos que los exigidos a estos sujetos para celebrar el contrato principal en nombre de la empresa a la que representan.

Así, les exige un poder expreso en el que conste la facultad de disposición o un acuerdo expreso del órgano de gobierno correspondiente, que les autorice a tales efectos.

De este modo, la capacidad para adherirse al sistema arbitral de consumo no ha de ser distinta de la capacidad procesal que se les exige a las personas jurídicas para comparecer y realizar actos válidos en el proceso³⁸⁰.

En este sentido, se ha de partir de lo dispuesto en los artículos 38.1 del Código Civil y 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que respectivamente sancionan: «*las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*» y «*por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen*»³⁸¹. De tal suerte, que para el esclarecimiento del régimen necesario de representación, habrá de acudir a los estatutos de la respectiva persona jurídica o a la propia normativa, sin que los sujetos que la representan deban aportar poder especial.

Distinto sería el supuesto del apoderado o representante voluntario de las personas jurídicas, figuras en torno a las que existe una tradición legislativa restrictiva, en orden a limitar la intervención de estos sujetos en el convenio arbitral. Basta con examinar el tenor literal del artículo 1.713 del Código Civil para constatar tal realidad, que indica que «*1. El mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. 2. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. 3. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores*».

Por ende, es al representante voluntario de la empresa o profesional, y no al necesario, al que se le exige la aportación de poder especial de disposición o acuerdo previo expreso en este sentido del órgano de gobierno correspondiente (así habrá de ser entendido el artículo 25.2, 1.º de la LEC, que exige poder especial para que el procurador pueda someter válidamente a arbitraje la controversia, en nombre de su poderdante).

Respecto al procedimiento de admisión de la oferta pública, los escritos de adhesión habrán de presentarse ante la junta arbitral correspondiente al ámbito territorial en el que la empresa o profesional desarrolle principalmente su actividad, correspondiendo al presidente de la junta arbitral la resolución sobre la aceptación o rechazo de la misma (art. 27.1). Para el supuesto de que en dicho ámbito territorial existieran varias juntas arbitrales, se señala que será competente la junta arbitral de superior ámbito territorial. Y si la junta arbitral de consumo ante la que se ha presentado la oferta pública se considera

³⁸⁰ VERDERA SERVER, R.: «Del convenio arbitral y sus efectos», Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), op. cit. pág. 327.

³⁸¹ SAP de Cantabria (Sección 3.º) de 31 de julio de 2001, que tiene por válida la oferta pública de adhesión realizada por la directora financiera, a la que se considera factor notorio de la empresa ofertante.

incompetente, se señala que deberá dar traslado del escrito de adhesión a la junta arbitral competente para resolver, en un plazo máximo de diez días.

El presidente de la junta arbitral de consumo competente para conocer de la oferta pública, ha de resolver motivadamente sobre su aceptación o rechazo y, en caso de aceptarla, otorgará a la empresa un distintivo oficial. Además, la junta arbitral ha de notificar la adhesión al Registro Público de Empresas Adheridas, al objeto de darle publicidad (arts. 28.1 y 31).

Este Registro comunicará a todas las juntas arbitrales y sus delegaciones de forma inmediata las modificaciones registrales producidas, al objeto de que éstas puedan decidir sobre la admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje, pues las juntas arbitrales de consumo, desde el 25 de agosto de 2008, quedaron obligadas a remitir al Registro Público de Empresas Adheridas, la información normalizada sobre las empresas adheridas al sistema arbitral de consumo (Disposición transitoria segunda).

Admitida la oferta pública, el derecho a usar el distintivo oficial únicamente se perderá por las causas y procedimiento establecido por el RDAC. Entre las distintas causas que enumera, merece especial mención: la utilización del distintivo con finalidad fraudulenta o engañosa; el incumplimiento reiterado de los laudos; la reiteración en la comisión de infracciones graves o muy graves en materia de protección del consumidor o usuario, habiendo sido sancionadas con carácter firme por las Administraciones Públicas; y la realización de prácticas, constatadas por las Administraciones Públicas, que lesionen gravemente los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Las dos primeras causas pueden plantear problemas de aplicación, habida cuenta que el texto legal no señala qué se entiende por finalidad fraudulenta o engañosa; y, por incumplimiento reiterado de los laudos. Por su parte, las dos últimas causas, tienen mal encaje con el hecho de que a las Administraciones Públicas y, con ellas, a las juntas arbitrales se les encarguen la misión de fortalecer el arbitraje de consumo (art. 6, a).

En definitiva, el empresario que desee hacer una OPASAC deberá presentarla ante una Junta Arbitral, cuyo Presidente deberá resolver, motivadamente, sobre su aceptación o rechazo (art. 28.1). La norma establece qué Junta Arbitral es territorialmente competente para resolver sobre las OPASAC (art. 27)³⁸².

Una de las mayores debilidades del sistema arbitral de consumo diseñado en el RD 636/1993 fue la generalizada admisión de ofertas públicas de sometimiento a arbitraje limitadas. Como es sabido, toda oferta pública de sometimiento presentada por un empresario a una Junta Arbitral debía contener varias menciones obligatorias (art. 6.2 de ese RD); entre ellas, el «*ámbito de la oferta*».

³⁸² Es la JA correspondiente al ámbito territorial en el que la empresa o profesional desarrolla principalmente su actividad. Si en ese ámbito territorial existen varias Juntas Arbitrales, será competente la JA de superior ámbito territorial (art. 27.1). De conformidad con esta regla, si la oferta de adhesión se presenta ante otra JA, ésta le dará traslado de la misma a la JA competente (art. 27.2).

Esta alusión ha sido entendida en el sentido de que se permite a los empresarios realizar ofertas de sometimiento limitadas, pudiendo tratarse de limitaciones territoriales, cuantitativas, cualitativas o de cualquier otro tipo.

Las ofertas públicas de sometimiento limitadas plantean importantes problemas. Las Juntas Arbitrales de Consumo otorgan a las empresas adheridas un distintivo oficial (pegatina), que éstas podrán exhibir en sus establecimientos comerciales (art. 7.1 RD 636/1993). Este distintivo oficial informa al consumidor de que ese establecimiento comercial está adherido al sistema.

Por lo tanto, aumenta la confianza del consumidor en ese establecimiento, dando así un valor añadido a esa empresa. Sin embargo, el RD 636/1993 establecía un único distintivo oficial, que se otorgaba a todas las empresas adheridas. También, por tanto, a las que hayan hecho ofertas públicas de sometimiento limitadas.

Sin embargo, no tiene sentido que en el mercado operen empresas que han realizado ofertas públicas de sometimiento con límites y sin límites, y que las dos utilicen el mismo distintivo oficial. Además de constituir un acto de competencia desleal legalmente admitida, esta situación puede provocar grandes desilusiones y desengaños en los consumidores.

Así sucederá, por ejemplo, cuando el consumidor que tiene una controversia jurídica con un empresario adherido pretende solventarla por la vía arbitral de consumo, y advierte que la solicitud de arbitraje formulada ante la Junta Arbitral no implica la formalización del convenio arbitral, al no alcanzar la oferta pública de sometimiento a la controversia planteada.

En este punto era necesaria una profunda reforma legal, con los siguientes objetivos: a) fomentar las ofertas públicas de sometimiento sin limitaciones, llegando incluso a impedir las ofertas de sometimiento limitadas, o permitiéndoles sólo en ciertos supuestos; b) establecer dos modalidades de distintivos oficiales de empresas adheridas, en función de que las ofertas públicas de sometimiento tengan o no limitaciones.

El vigente Real Decreto acoge ambas previsiones. En relación con el primero, se parte de la distinción entre una OPASAC normal u ordinaria (aunque el RD no usa estos términos), y una OPASAC «*limitada*». 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; aquellas que limiten la adhesión a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa o

profesional desarrolla principalmente su actividad; y aquellas 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 información sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato (art. 25.3). Y aunque no se establezca expresamente, hay que entender que tampoco es una OPASAC limitada aquella en la que el empresario propone que el arbitraje se resuelva en derecho (y no en equidad), o rechaza la mediación previa.

Aunque los borradores previos eran más explícitos que el texto definitivo, la idea motriz de la nueva regulación es que el empresario no puede hacer una OPASAC limitada. «*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). 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 gran libertad a las Juntas Arbitrales para decidir sobre su admisión.

El régimen de las OPASAC limitadas se completa con las siguientes normas: a) su aceptación corresponde a la JA competente para conocer de cualquier OPASAC (conforme al art. 27)³⁸³; b) se exige un previo informe preceptivo de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo.

El informe negativo a la admisión de la OPASAC limitada vincula a la JA (art. 26); c) para emitir este informe, la Comisión tendrá en cuenta las directrices fijadas por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (art. 15.d) y, en su caso, las razones alegadas por la JA competente para resolver (art. 11.3); d) el Presidente de la JA dictará resolución sobre su aceptación o rechazo, que deberá ser notificada a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (art. 27.3).

En cuanto al distintivo de adhesión al sistema arbitral de consumo, se instauran dos modelos distintos (Anexos I y II del RDAC). Uno similar al existente hasta la fecha para las empresas que se adhieran sin limitaciones. Y otro para las OPASAC limitadas, que siendo igual en forma, color y tamaño que el anterior, menciona explícitamente y de manera clara que se trata de una oferta limitada (en él figura la expresión «oferta limitada»). Se prevé incluso que, atendiendo al contenido de la limitación, el Presidente de la JA pueda aceptar la OPASAC limitada, pero negando el derecho a utilizar el distintivo oficial (art. 28.2).

7. Los árbitros

En relación con los árbitros que forman parte de los órganos arbitrales, ya se

³⁸³ A pesar de que en los borradores previos la competencia para su admisión se reservaba a la Junta Arbitral Nacional.

ha indicado que estos órganos arbitrales puede ser unipersonales (árbitro único) o colegiados (colegio arbitral). También se ha expuesto cómo se designan los árbitros, y cuál es el mecanismo de su sustitución, llegado el caso.

En cuanto a los requisitos que han de cumplir los árbitros, al igual que en el RD de 1993 (art. 11.1.a)) se exige que el árbitro designado a propuesta de la Administración sea licenciado en derecho, ya resuelvan en equidad o en derecho (art. 17 RDAC). Por lo que se refiere a los otros dos vocales, si el arbitraje es de derecho basta con que sean licenciados en derecho (art. 21.1.II), y no abogados en ejercicio, como requería el RD 636/1993 (art. 11.3).

Sólo podrán actuar como árbitros aquellos que hayan sido previamente acreditados por el Presidente de la Junta Arbitral en la que hayan de intervenir (art. 17). Para obtener la acreditación deberán solicitarlo al Presidente de la JA, y éste resolverá atendiendo a los requisitos de honorabilidad y cualificación establecidos por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo. Dicha solicitud implica la aceptación de su inclusión en la lista de árbitros acreditados, y la aceptación del cargo de árbitro en los procedimientos en que sea designado como tal (art. 16.2). Concedida la acreditación, ésta se notificará al solicitante, y se procederá a su inclusión en la lista de árbitros acreditados ante esa JA, que será pública. El Secretario de la JA mantendrá permanentemente actualizada la lista de árbitros acreditados y, en su caso, las listas de árbitros especializados acreditados para conocer de conflictos que deban ser resueltos por órganos arbitrales especializados. Por otra parte, el Presidente de la JA se entenderá acreditado en todo caso para actuar como árbitro.

En cualquier caso, los árbitros que vinieran ejercitando sus funciones antes del 25 de agosto de 2008 se entenderán acreditados, sin que tengan que solicitar la acreditación del Presidente de la JA (DT 3.^a). Por último, se regula también el régimen de retirada de la acreditación (art. 23).

Los árbitros deben actuar con independencia e imparcialidad. Para garantizarlo, se instaura un régimen propio de abstención y recusación (art. 22), que se separa en algunos puntos de la regulación de esta materia en la Ley de Arbitraje (arts. 17 y 18).

Las partes podrán recusar a los árbitros en el plazo de diez días desde la fecha en que les sea notificada su designación o desde el conocimiento de cualquier circunstancia que dé lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Planteada la recusación, el árbitro recusado deberá decidir si renuncia a su cargo. Si decide no renunciar, el Presidente de la Junta Arbitral decidirá sobre la recusación, previa audiencia del árbitro y, en su caso, del resto de árbitros del colegio arbitral, mediante resolución motivada. Si el árbitro recusado es el Presidente de la Junta Arbitral, la recusación será aceptada.

En cualquier caso, si la recusación prospera, se procederá a llamar al árbitro suplente, en la forma prevista en la norma. Si no prospera la recusación, la parte que la instó podrá hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

Por otra parte, desde que se plantea la recusación hasta que se resuelve queda en suspenso el procedimiento arbitral, porque todo ese tiempo no

computa a los efectos de calcular el plazo para dictar el laudo; tampoco computa el plazo que transcurre desde que se nombra el nuevo árbitro (tras la recusación) hasta que concluyan las actuaciones ya practicadas que han de ser repetidas (art. 22.7).

El art. 23.3 RDAC declara aplicable el art. 19 LA, relativo a la falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones arbitrales en el curso de un procedimiento arbitral. Quizás hubiera sido más oportuno incluir un precepto de este tipo en el capítulo relativo al «procedimiento arbitral». En el arbitraje de consumo rige la confidencialidad, que deben guardar no sólo los árbitros (art. 22.1 RDAC), sino también los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las Juntas Arbitrales (art. 41.2 RDAC).

8. El procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral de consumo se regula en el Capítulo IV (arts. 33 a 50), aunque algunos preceptos contenidos en otros capítulos también se ocupan de esta materia. Los principios esenciales que rigen el procedimiento son los mismos que en la normativa anterior: el de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad (art. 41.1).

Además, la no contestación, inactividad o incomparecencia injustificada de las partes en cualquier momento del procedimiento, incluida la audiencia, no impide que se dicte el laudo, siempre que el órgano arbitral pueda decidir la controversia con los hechos y documentos que constan en la demanda y contestación, si ésta se ha producido. La norma aclara que el silencio, la inactividad o la incomparecencia no significan allanamiento ni admisión de los hechos alegados por la otra parte (art. 46).

Todo procedimiento arbitral comienza con una solicitud de arbitraje presentada por el consumidor (carácter unidireccional del arbitraje de consumo, que se mantiene en el nuevo RDAC). La práctica ha demostrado que en muchos casos el consumidor presenta una solicitud incompleta (no identifica adecuadamente al empresario, o los hechos en que funda su petición, o su petición, etc.).

Para corregir esta situación, se especifica ahora cuál es el contenido mínimo que ha de tener la solicitud (art. 34.1 RDAC); en particular, el reclamante debe identificar a las partes (reclamante y reclamado), describir los hechos que motivan la controversia, concretar qué es lo que pide, fijando, en su caso, su cuantía y los fundamentos en que se basa, y aportar, en su caso, copia del convenio arbitral. Junto a la solicitud, el reclamante también podrá aportar pruebas o proponer las que considere oportunas (art. 34.3).

Para facilitar la labor de las partes, las Juntas Arbitrales se obligan a disponer de modelos normalizados de solicitud de arbitraje, de contestación y de aceptación del arbitraje -para las empresas no adheridas- (art. 34.4). Por otra parte, si la solicitud no tiene el contenido mínimo exigido, el Secretario de la JA requerirá al reclamante su subsanación en un plazo no superior a quince días, con la advertencia de que de no subsanarse en ese plazo se le tendrá por

desistido de la solicitud, procediéndose al archivo de las actuaciones (arts. 34.2 y 48.3.a).

Una vez recibida la solicitud en la Junta Arbitral, lo primero que debe hacer el Presidente es conocer sobre la competencia territorial de la JA (art. 37.1), y después conocer sobre la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje. Para ello habrá de analizar el contenido de la reclamación (para examinar si la materia puede ser objeto de arbitraje de consumo) y el carácter de consumidor y empresario del reclamante y reclamado. Se establece, además, que podrá acordarse la inadmisión de las solicitudes de arbitraje que «*resulten infundadas*» (se trata de aquellas reclamaciones en las que desde el principio se advierte con claridad que carecen de cualquier fundamento), y aquéllas «en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores» (art. 35.1).

Esto constituye una novedad en la nueva regulación, cuya finalidad es hacer un uso más eficiente del arbitraje de consumo.

Se especifica que la resolución de admisión o inadmisión a trámite de la solicitud de arbitraje pone fin a la vía administrativa (art. 35.2), salvo que la resolución verse sobre los supuestos previstos en el art. 2 RDAC (materias objeto de arbitraje de consumo), en cuyo caso podrá ser recurrida ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de consumo (art. 36), quien dispone un plazo máximo para resolver de tres meses; la resolución de este recurso pone fin a la vía administrativa. Si el Presidente estima que concurre causa de inadmisión a trámite de la solicitud, dictará una resolución que así lo acordará (art. 37.3).

Por otra parte, aunque el RDAC no lo indica, también se habrá de controlar si existe un auto por el que se declara en concurso al empresario frente al que se dirige la solicitud de arbitraje. A estos efectos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, teniendo presente la Ley Concursal, señala que «*quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo*» (art. 58.2 TRLCU).

Por lo que afecta al control desarrollado por las juntas arbitrales, una de las importantes novedades introducidas en el sistema arbitral de consumo por el Real Decreto 231/2008, es la posibilidad de interponer reclamación frente a las resoluciones de los presidentes de las juntas arbitrales de consumo sobre admisión a trámite de las solicitudes de arbitraje.

En este sentido, aunque el Real Decreto 636/1993, no preveía ningún tipo de recurso frente a estas resoluciones, pues expresamente señalaba que la inadmisión a trámite de la solicitud de arbitraje dejaba expedita la vía judicial

(art. 8.2)³⁸⁴, ello no impidió que algunas voces se plantearon la viabilidad de un recurso administrativo, y frente a éste un eventual recurso contencioso-administrativo³⁸⁵.

Estas voces han tenido calado en el Real Decreto 231/2008 que, en coherencia con la naturaleza administrativa que reconoce a las juntas arbitrales de consumo (arts. 3.2 y 5)³⁸⁶, permite que algunas resoluciones sobre admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje puedan ser recurridas ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (art. 36 RDAC). Y es que el artículo 35.2 señala que, salvo lo dispuesto en el artículo 36, las resoluciones de los presidentes de las juntas arbitrales ponen fin a la vía administrativa.

De esta forma, cabe el recurso frente a las resoluciones que inciden sobre la materia objeto de arbitraje de consumo, siendo irrecurribles en vía administrativa las resoluciones que se pronuncien sobre la falta de fundamento de la solicitud de arbitraje o aquellas en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses de los consumidores.

Este recurso habrá de sustanciarse en el plazo de quince días a contar desde la notificación del acuerdo que se impugna, pudiendo interponerse directamente ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo o ante el presidente de la Junta arbitral territorial que dictó la resolución recurrida, en cuyo caso, éste dará traslado del recurso, con su informe y copia completa del expediente, a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (art. 57.2).

La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, recibida la solicitud de recurso, dispondrá de un plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución. Transcurrido este plazo sin recaer resolución, se entenderá desestimado el recurso, quedando expedita la vía judicial, o en su caso, desencadenado el desarrollo del procedimiento arbitral, según hubiera admitido o inadmitido la solicitud de arbitraje el presidente de la junta arbitral.

En todo caso, la resolución de este recurso pone fin a la vía administrativa, y como todo acto administrativo que pone fin a la vía administrativa, contra él cabría acudir a la vía judicial interponiendo recurso contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ).

Teniendo presente esta última consideración, el establecimiento del recurso administrativo puede provocar, a la larga, un efecto disuasorio en los

³⁸⁴ STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de noviembre de 2000, en la que se señala la incompetencia de la Jurisdicción para conocer del recurso formulado contra la resolución de inadmisión.

³⁸⁵ CARRASCO PERERA, A. y FLORENSE I TOMÁS, C.E.: «*Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo*», El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de Derecho privado, Valencia, 2004, pág. 98; y NAVARRO LORENTE (citado por ÁLVAREZ ALARCÓN, A.; El sistema español de arbitraje de consumo, Madrid 1999, pág. 212.

³⁸⁶ El primero de los preceptos citados señala que la actividad de las juntas arbitrales de consumo es de carácter administrativo, siéndoles de aplicación en lo no previsto expresamente en esta norma, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

consumidores, si las empresas reclamadas utilizan este recurso al objeto de provocar un desánimo en los consumidores solicitantes de arbitraje, pues posiblemente creará la sensación de que el procedimiento arbitral de consumo dista mucho de ser un procedimiento ágil, rápido y de un bajo coste económico.

Por lo que afecta al control desarrollado por el órgano arbitral, el RDAC señala que procederá *«en el supuesto de que se trate de impugnar la admisión, habiendo sido notificada ya al árbitro o colegio arbitral su designación, siendo éste quien decida acerca de su propia competencia, incluida la oposición a la admisión de la solicitud»* (art. 35.3).

Este precepto suscita dos interrogantes: por un lado, la duda de si el control que realiza el órgano arbitral se desencadena únicamente a instancia de parte o también cabe el control *ex officio* por aplicación supletoria del artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje; y por otro lado, sobre la utilidad del recurso administrativo frente a la resolución de admisión.

El primer interrogante, podría encontrar respuesta en la literalidad del precepto, que se refiere expresamente a la impugnación de la admisión. No obstante, esta interpretación restrictiva no tiene sentido si la ponemos en relación con el inciso final del precepto, que de modo reiterativo señala como incluida la oposición a la admisión de la solicitud.

Así pues, debe concluirse que *el control que realiza el árbitro sobre su propia competencia puede desencadenarse tanto a instancia de parte, cuando formula oposición a la admisión, como de oficio, cuando no existe oposición por el empresario, pero el árbitro considera inadmisibile la solicitud de arbitraje.*

Si el Presidente de la JA estima que no existe causa de inadmisión a trámite, deberá actuar de dos modos, en función de que exista o no convenio arbitral (art. 37.3):

a) si consta la existencia de convenio arbitral válido (hay convenio arbitral en contrato independiente, o como cláusula del contrato de consumo, o el empresario reclamado ha formulado una OPASAC), el Presidente dictará resolución que acuerda el inicio del procedimiento arbitral, en la que constará expresamente la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa, y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje, para que en el plazo de quince días formule las alegaciones que estime oportunas y, en su caso, presente las pruebas que estime pertinentes o proponga las que considere oportunas.

b) si no consta la existencia de convenio arbitral, o éste no es válido, se dará traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado, para que en el plazo de quince días acepte el arbitraje y la mediación previa, en los casos en que proceda, así como para, en su caso, contestar a la solicitud, formulando las alegaciones que estime oportunas y, en su caso, presente las pruebas que estime pertinentes o proponga las que considere oportunas.

Si el reclamado contesta aceptando el arbitraje, se considera iniciado el procedimiento en la fecha de entrada de la aceptación en la JA, aunque el

Presidente deberá dictar una resolución en la que conste el acuerdo expreso de iniciación del procedimiento.

El momento en que han de designarse los árbitros se regula, con bastante confusión, en el art. 39.1 RDAC. Conforme a este precepto, verificada la existencia de convenio arbitral válido, «*el Presidente de la JA designará al árbitro o árbitros que conocerán el conflicto*», notificando a las partes tal designación; añadiendo que «*la designación de los árbitros podrá realizarse en la resolución de inicio del procedimiento arbitral*». La regla general debe ser que la misma resolución de inicio del procedimiento arbitral tiene que indicar el árbitro o árbitros.

Pero el RDAC permite que esa designación se realice más tarde. La norma no aclara en que supuestos, pero puede tratarse de aquellos casos en los que exista mediación previa, donde lo más razonable es proceder a nombrar a los árbitros una vez que la mediación haya concluido sin éxito.

En relación a la contestación a la solicitud del reclamado, se establece que «*las alegaciones presentadas por el reclamado, conforme a lo previsto en el artículo 37, tendrán el valor de contestación a la solicitud de arbitraje*» (art. 42.2). A diferencia de lo que sucede con la solicitud, la norma no señala cuál ha de ser el contenido de la contestación; se limita a señalar que el empresario reclamado podrá formular «*las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho* (art. 37.3.a) y b). Sí se fija, en cambio, el plazo del que dispone el empresario reclamado para formular las alegaciones: quince días, contados desde la notificación de la resolución del Presidente de la JA que acuerda el inicio del procedimiento arbitral (si consta la existencia de convenio arbitral) o desde la notificación de la solicitud de arbitraje (si no consta la existencia de convenio arbitral o éste no es válido)».

Sin embargo, la existencia de un plazo para presentar alegaciones por el empresario reclamado debe matizarse, en un doble sentido.

En primer lugar, es posible que el reclamado no conteste no formule alegación alguna. Eso no significa allanamiento ni admisión de los hechos alegados por el consumidor, por lo que podrá dictarse un laudo desestimatorio de la petición del consumidor.

Pero es que, en segundo lugar, las partes podrán modificar o ampliar la solicitud y la contestación en cualquier momento (art. 43.1 RDAC inspirado en el art. 29.2 LA), siempre que lo hagan antes del período de finalización del trámite de audiencia. Conforme a esta previsión, el consumidor y el empresario podrán formular nuevas pretensiones, alegando para ello lo que estimen pertinente, y proponer nuevas pruebas en que basar esas peticiones. Todo ello, con el límite temporal citado (art. 44.1.II), y respetando siempre el principio de contradicción e igualdad entre las partes.

En esta línea, se dispone que de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una de las partes aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte, y que se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en los que

el órgano arbitral pueda fundar su decisión (art. 42.3 RDAC, copia literal del art. 30.3 LA).

A pesar del silencio del RD 636/1993, la reconvencción había sido mayoritariamente admitida por las Juntas Arbitrales. Varios argumentos podrían esgrimirse en su favor: la no división de la controversia, la economía procesal, y sobre todo, que su admisión incentiva la adhesión de los empresarios. Siguiendo esta doctrina, el RD 231/2008 regula la reconvencción (art. 43), que podrá plantearse por el empresario reclamado frente a la parte reclamante «en cualquier momento antes de la finalización del trámite de audiencia»; esta es, por tanto, la fecha tope para reconvenir.

Planteadas reconvencción, los árbitros la inadmitirán (a trámite) si versa sobre una materia no susceptible de arbitraje de consumo o si no existiera conexión entre sus pretensiones y las pretensiones del consumidor contenidas en la solicitud. La «conexión» debe entenderse en los mismos términos que en la LEC. Por otra parte, una vez admitida a trámite la reconvencción, se concederá al consumidor reclamante un plazo de quince días para presentar alegaciones y, en su caso, proponer prueba (art. 43.3).

En cuanto a la audiencia, se mantiene la necesidad de que se dé audiencia a las partes al menos una vez. Desaparece, sin embargo, el plazo máximo dentro del cual debía celebrarse (tres meses desde la constitución del colegio arbitral, art. 12.1 RD 636/1993). La audiencia puede ser escrita u oral, presencialmente o a través de otros medios técnicos (art. 44.1.I). Las partes serán citadas «a las audiencias» (en plural, lo que significa que puede haber tantas como consideren los árbitros) con suficiente antelación, y con advertencia expresa de que en ella podrán presentar las alegaciones y pruebas que estimen precisas para hacer valer sus derechos (art. 44.1.II, inspirado en el art. 30.2 LA).

A diferencia de la regulación anterior, que reservaba al trámite de audiencia la posibilidad de intentar la conciliación entre las partes (art. 12.4 RD 636/1993), ahora se dispone que la conciliación podrá intentarse durante todo el procedimiento (art. 42.1).

Respecto a las pruebas (art. 45), corresponde al órgano arbitral aceptar o rechazar las pruebas propuestas por las partes, debiendo notificarse a las partes el acuerdo que sobre el particular adopte. Pero también podrá proponer de oficio las pruebas complementarias «que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia» (art. 45.1).

Como puede apreciarse, este último precepto es muy restrictivo respecto a la práctica de pruebas de oficio, lo cual resulta adecuado y coherente con un modelo arbitral que pretende racionalizar el coste económico.

Por otra parte, el órgano arbitral convocará a las partes para la práctica de las pruebas en las que sea posible su presencia. Respecto a quién debe abonar los gastos causados con la práctica de las pruebas, se mantiene el sistema del RD 636/1993: las abona quien las propone (las partes, o la Junta Arbitral o la Administración de la que depende); pero con una diferencia: la mala fe o temeridad de una de las partes, apreciada en el laudo, permite a los árbitros

distribuir los gastos de otro modo, y no sólo para las pruebas solicitadas por las partes, sino también para las practicadas de oficio (art. 45.3). Además, es de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley de Arbitraje sobre la asistencia judicial para la práctica de las pruebas (art. 33 LA)». Igualmente se prevé la acumulación de procedimientos arbitrales, cubriendo así una ausencia del viejo RD 636/1993. 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 (art. 39.2). La medida es positiva, aunque su articulación práctica puede plantear algunos problemas.

Tomando como referente el art. 38.2 LA, se señalan diferentes modos de terminación del procedimiento arbitral sin entrar en el fondo del asunto (art. 48.3). Por otra parte, y para determinados arbitrajes que por su naturaleza requieren la inmediatez de su tramitación (se refiere, especialmente, al arbitraje turístico), se prevé que podrá convocarse rápidamente a las partes a una audiencia, para que pueda dictarse el laudo con celeridad (art. 40.1).

9. El Laudo

En relación con el laudo (que, por cierto, no es definido en el RDAC), su forma y su contenido se rigen por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje (art. 48.1), remisión que debe entenderse efectuada al art. 37.3 y 5 LA. En cuanto al contenido, llama la atención la desaparición del viejo art. 16.1 RD 636/1993, que exigía hasta nueve menciones obligatorias en el laudo, y la aplicación ahora del art. 37.5 LA, que reduce el contenido mínimo del laudo. No se aplica al arbitraje de consumo el art. 37.6 LA, relativo al pronunciamiento en el laudo sobre las costas del arbitraje (entre otros, honorarios y gastos de los árbitros y de los defensores o representantes de las partes) y el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje.

El laudo ha de ir firmado (art. 37.3 LA), y podrá ser protocolizado en los términos indicados en el art. 37.8 LA.

La controversia podrá decidirse en un único laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesario los árbitros (art. 37.1 LA, que se aplica al arbitraje de consumo). Por otra parte, el laudo será siempre motivado (art. 48.1 RDAC), aunque se decida en equidad (art. 33.2 RDAC); a diferencia de lo que sucedía bajo el RD 636/1993, donde sólo se exigía motivación para el arbitraje de derecho (art. 16.2). 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).

Pero aunque el arbitraje sea en equidad, los árbitros podrán apoyar su decisión en las normas jurídicas y en los pactos contractuales (art. 33.2). El laudo, y las demás decisiones que deba dictar el colegio arbitral, se adoptarán por mayoría, y si no hay mayoría, decidirá el presidente del colegio (art. 47).

En relación con la notificación del laudo y demás actuaciones arbitrales, se realizará en la forma que acuerden las partes, y en su defecto, conforme a la práctica de la Junta Arbitral de Consumo, según lo previsto en la Ley 30/1992 (art. 50 RDAC). No se sigue, por tanto, el modelo de la Ley de Arbitraje (art. 37.7), al que remitía el RD 636/1993 (art. 17.2).

La regulación del laudo transaccional (art. 48 RDAC), que toma como modelo el art. 36 LA varía respecto al RD 636/1993 (art. 12.4), en particular en lo relativo al momento en que puede adoptarse, pues ahora no se exige que sea en el trámite de audiencia, sino que las partes pueden alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto, total o parcialmente, en cualquier momento del procedimiento arbitral, antes de que los árbitros dicten el laudo. 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. En este punto la nueva norma toma como modelo el art. 37.2 LA, separándose del sistema diseñado en el RD 636/1993 (art. 14).

Este plazo se suspenderá mientras dura el procedimiento de recusación, y en caso de sustitución de un árbitro por otro, si el nuevo árbitro decide que han de repetirse actuaciones ya practicadas (art. 22.5); también se suspenderá si se intenta la mediación previa. El RD no contiene norma alguna sobre los efectos del laudo, por lo que se aplicará lo previsto en la Ley de Arbitraje (art. 43.1 produce efectos de cosa juzgada). Lo mismo hay que decir en relación con la corrección, aclaración y complemento del laudo (art. 39 LA), la anulación y revisión del laudo³⁸⁷ (arts. 40 a 43 LA), y la ejecución del laudo (arts. 44 y 45 LA)³⁸⁸.

³⁸⁷ Con las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, que atribuye a las *Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia* el nombramiento y remoción judicial de árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo, y para el nombramiento y remoción judicial de los árbitros, así como la competencia para el reconocimiento del exequatur,

³⁸⁸ La Consulta DGT V3667-13, de 26 de diciembre de 2013. Vinculante, referida a si la demanda de ejecución de laudo arbitral de la Junta Arbitral de Consumo está sujeta a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, resuelve que una vez introducida por el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, la exención de la letra g) del artículo 4.1 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia [...], se mantiene el criterio sostenido sobre la sujeción de la demanda de ejecución de laudo arbitral a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. Al respecto, ha de señalarse que, «salvo que se establezca una exención expresa de algún supuesto, como ha sucedido con los laudos de las juntas arbitrales de consumo», quien solicite la ejecución de un título no conformado en un proceso tiene que pagar la tasa judicial correspondiente.

10. La mediación

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. La mediación –que luego se analizará con más detalle– 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.

La práctica de las Juntas Arbitrales demuestra que son muchos las reclamaciones de los consumidores que se resuelven a través de la mediación.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje, la mediación de consumo carecía de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico, laguna que ha pretendido cubrir el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En lo que al derecho estatal se refiere, la mediación de consumo no está contemplada en la LGDCU, 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).

El RD 231/2008 no regula de modo pormenorizado la mediación, sino que la dedica el art. 38, con carácter previo al arbitraje en integrada en el mismo, por lo que ha sido definida como «*la alternativa de la alternativa*»³⁸⁹, 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).

De este modo se introduce la mediación voluntaria con carácter previo al arbitraje, invitando a las partes para alcanzar un acuerdo, en que el mediador está sujeto a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros, estando integrada en el arbitraje.

La Exposición de Motivos señala que el Real Decreto se abstiene de regular la mediación, «*por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia*», y de este modo están reguladas por las leyes de protección y defensa de los consumidores y usuarios autonómicas, en Aragón por Ley 16/2006, de 28 de diciembre; en Andalucía por Ley 13/2003, de 17 de

³⁸⁹ ORDEÑANA GEZURAGA,I., «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», Diario la Ley, núm. 7420, 2010.

diciembre; en Asturias por Ley 11/2002, de 2 de diciembre; en Baleares por Ley 1/1998, de 10 de marzo; en Canarias por Ley 3/2003, de 12 de febrero; en Cantabria por Ley 1/2006, de 7 de marzo³⁹⁰; Cataluña por Ley 22/2010, de 20 de julio; en Castilla la Mancha por Ley 11/2005, de 15 de diciembre; en Galicia por Ley 2/2012, de 28 de marzo; en Madrid por Ley 11/1998, de 9 de julio, desarrollada por el Decreto 1/2010, de 4 de enero; en Navarra por Ley 7/2006, de 20 de junio; en el País Vasco por Ley 6/2003, de 22 de diciembre; y en Valencia por Ley 1/2011, de 22 de marzo.

En efecto, las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo³⁹¹.

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).

La mediación no se concibe como una fase previa al procedimiento arbitral, sino que se incardina en el mismo, como claramente opta el RDAC, y 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 porque 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 la tanto, la mediación puede producirse -si es que se produce- después de iniciado el procedimiento arbitral. Y el segundo porque obliga a suspender el cómputo del plazo para

³⁹⁰ Posteriormente, la mediación ha sido regulada con carácter general por la Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

³⁹¹ Alguno de los recientes Estatutos de Autonomía se atribuye la competencia exclusiva sobre «la regulación de los procedimientos de mediación». Por ejemplo, el art. 30.4.7 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (aprobado por LO 1/2007, de 28 de febrero), el art. 58.2.4^o del Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo), y el art. 71.26^a 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, n.º 11, págs. 144 y ss.

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.

II. LOS ARBITRAJES ESPECIALES

El Real Decreto dedica unos preceptos específicos al arbitraje de consumo electrónico (arts. 51 a 55) y al arbitraje de consumo colectivo (arts. 56 a 62). Particular interés tiene esta última modalidad de arbitraje, no regulada en el derogado RD 636/1993.

1. El colectivo

Según el Real Decreto 231/2008, el arbitraje de consumo colectivo es aquel arbitraje que tiene por objeto resolver en un único procedimiento los conflictos que, con base en un mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos (art. 56).

Este precepto requiere de una interpretación de conjunto, en cuanto a la delimitación del objeto arbitral de este procedimiento especial. A pesar de su denominación, en el procedimiento de consumo colectivo no se ejercita una acción colectiva en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, a modo de la acción que en el proceso civil puede ejercitarse en aplicación del artículo 11.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁹², sino que se trata de un ejercicio acumulado de varias acciones frente a un mismo empresario requerido, basadas todas ellas en una misma *causa petendi*.

Se trata de una especie de acumulación subjetiva de acciones, que da lugar a un procedimiento especial, en el que se da solución a un conflicto plural³⁹³.

³⁹² Este precepto dispone que: «2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas».

³⁹³ MONTERO distingue el interés plural, que es la suma de conflictos individuales que se refleja procesalmente en el fenómeno de la acumulación, supuesto que no constituye un ejemplo de legitimación extraordinaria, del interés colectivo o difuso, supuestos claros de legitimación extraordinaria (cfr. MONTERO AROCA, J.: «La legitimación en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él», Madrid 1994, págs. 62 a 70).

No se trata de un supuesto de ejercicio de una acción colectiva por varias razones. En primer término, en cuanto al sujeto legitimado para el ejercicio de la acción, porque aunque el Real Decreto 231/2008 permite que las asociaciones de consumidores y usuarios insten a las Juntas arbitrales la acumulación, a quién corresponde solicitar el arbitraje es, en todo caso, a cada uno de los consumidores y usuarios afectados por ese mismo hecho dañoso (arts. 56 y 61 RD 231/2008). La única función que tienen las asociaciones de consumidores y usuarios es la de poner en conocimiento de las juntas arbitrales de consumo que están conociendo del asunto, la existencia de varias reclamaciones individuales, esto es, la afectación de los derechos de más de un consumidor.

En segundo término, porque la acumulación de las reclamaciones individuales requiere como presupuesto la aceptación por parte del empresario reclamado, así pues, si éste se opone al ejercicio acumulado de las acciones, las reclamaciones individuales habrán de continuar tramitándose por separado.

Y en tercer término, porque el laudo que se dicte sólo puede afectar a los consumidores que participaron en el procedimiento arbitral acumulado. De modo que sólo a aquellos consumidores puede afectar el efecto de cosa juzgada.

El resto de consumidores afectados por ese mismo hecho dañoso, que no se hayan personado en el procedimiento de arbitraje colectivo, podrán iniciar tanto un procedimiento arbitral «ordinario» como un proceso judicial posterior para reclamar sus derechos individuales, no estando vinculado ni el árbitro ni el órgano jurisdiccional a lo resuelto en aquel procedimiento arbitral acumulado.

El arbitraje colectivo se rige por las disposiciones generales del RDAC, con las particularidades contenidas en los arts. 56 a 62. Una de ellas tiene que ver con la Junta Arbitral competente para conocer de este tipo de arbitraje; será la JA competente en todo el ámbito territorial en el que estén domiciliados los consumidores cuyos derechos e intereses hayan podido verse afectados por el hecho dañoso; siguiendo esta regla, si esos consumidores están domiciliados en más de una Comunidad Autónoma, será competente la Junta Arbitral Nacional (art. 57 RDAC). Sobre este punto, pues, no cabe pacto entre las partes, ni que el empresario limite territorialmente en su OPASAC la JA competente para conocer de este tipo de arbitrajes.

Se diseña un confuso procedimiento, que brevemente explicado es el siguiente. El Presidente de la Junta Arbitral competente adoptará un acuerdo de iniciación de actuaciones -de oficio, o a iniciativa de las asociaciones de consumidores representativas en ese territorio o de las JA de inferior ámbito territorial- (art. 58 RDAC).

Una vez adoptado, el Presidente requerirá a la empresa responsable de los hechos para que manifieste, en el plazo de quince días, si acepta someterse al arbitraje de consumo colectivo, y en su caso, para que proponga un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente a los potenciales consumidores afectados. Si las empresas o profesionales no aceptan este procedimiento especial, se procederá al archivo de las actuaciones, dando traslado a todas

las juntas arbitrales de consumo afectadas y, en su caso, a quién instó la acumulación. Ello supone que las solicitudes individuales de arbitraje continúan tramitándose por separado.

Si acepta, se hará un llamamiento a los consumidores afectados (mediante la publicación de un anuncio en el Boletín Oficial que corresponda) para que hagan valer sus derechos en este procedimiento arbitral (art. 59 RDAC). El llamamiento se realizará por un plazo de dos meses desde su publicación, y deberá tener el contenido exigido en el art. 59.2³⁹⁴.

Efectuado el llamamiento, el Presidente de la JA designará el órgano arbitral. Los consumidores que quieran que su derecho se resuelva en ese procedimiento colectivo deberán presentar su solicitud dentro de ese plazo de dos meses; aunque si la presentan después serán también admitidas si su presentación es anterior a la fecha prevista para la audiencia (art. 61.1); en este último caso, la admisión de la solicitud no retrotraerá las actuaciones ya practicadas, aunque el solicitante podrá intervenir en todos los trámites posteriores.

El plazo para dictar el laudo (seis meses) comienza a computar transcurridos dos meses desde la publicación del llamamiento a los afectados en el Diario Oficial (art. 62).

También se regula el modo en que la aceptación por la empresa del arbitraje colectivo suspende la tramitación de las solicitudes individuales de arbitraje, y la posibilidad que se ofrece al empresario reclamado en una solicitud individual de arbitraje de oponer la excepción de estar tramitándose un arbitraje colectivo, para que el órgano arbitral se inhiba de conocer de esa solicitud individual (art. 60).

Es decir, que la aceptación de este procedimiento especial por el empresario supone la suspensión de la tramitación de las solicitudes individuales de arbitraje que hayan formulado los consumidores y usuarios afectados, salvo que ya se hayan iniciado las actuaciones ante el órgano arbitral correspondiente, en cuyo supuesto debe entenderse que el procedimiento arbitral continuará por separado.

Ordenada la suspensión, se deberá dar traslado de las actuaciones a la junta arbitral competente para conocer del procedimiento de arbitraje colectivo.

Este traslado, ha de efectuarse en el plazo de quince días a contar desde la notificación de la aceptación por parte del empresario. El acuerdo de suspensión y el traslado de las actuaciones habrán de notificarse tanto al reclamante como al reclamado.

Para el supuesto de que una junta arbitral no tenga conocimiento de la apertura del procedimiento de consumo colectivo, se prevé la posibilidad de que el

³⁹⁴ Debe contener, entre otros, el acuerdo de iniciación de actuaciones del Presidente de la JA, y la indicación del lugar en el que los consumidores interesados podrán tener acceso, en su caso, a la propuesta de acuerdo conciliatorio realizada por el empresario.

empresario reclamado puede formular excepción en cualquier momento del procedimiento, incluida la audiencia.

En este supuesto, el órgano arbitral se inhibirá de su conocimiento, trasladando las actuaciones a la Junta arbitral competente para conocerlo, dándose por terminadas sus actuaciones.

En cualquier caso, lo que parece evidente es que el laudo dictado sólo afectará a los concretos consumidores que participan en ese procedimiento arbitral, bien porque han presentado su solicitud de arbitraje tras el llamamiento, bien porque esa solicitud que estaba tramitándose de forma separada ha sido traída al arbitraje colectivo (art. 60.1 RDAC).

De ese laudo, por tanto, no podrán beneficiarse otros consumidores afectados por esos mismos hechos, ni el laudo constituye para ellos cosa juzgada. De modo que, concluido el arbitraje colectivo mediante laudo, los demás consumidores afectados podrán iniciar los procedimientos judiciales o arbitrales que correspondan.

A estos efectos, se entiende que sólo deberán solicitar el arbitraje de consumo colectivo, aquellos consumidores que no hubieren instado un procedimiento individual. Las solicitudes de arbitraje habrán de presentarse antes de transcurridos los dos meses desde la publicación del llamamiento, si bien, únicamente se admitirán las solicitudes que se produzcan antes de la audiencia. En todo caso, la admisión de estas solicitudes no supondrá la retroacción de actuaciones, pudiendo intervenir el consumidor en todos aquellos trámites posteriores a la solicitud, una vez efectuado el llamamiento, el presidente de la Junta arbitral competente para conocer del procedimiento de consumo colectivo, procederá a la designación del órgano arbitral. A partir de ese momento, le corresponde al órgano arbitral resolver sobre las solicitudes que se presenten.

Aunque la Ley no dispone cuándo se ha de proceder al trámite de audiencia, sí que indica que ésta ha de producirse antes del plazo para laudo. El órgano arbitral habrá de dictar laudo en el plazo de dos meses desde la publicación del llamamiento, luego la audiencia ha de tener lugar antes de dicho plazo.

En definitiva, 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. Tampoco sirve para obtener una reparación de los daños individualmente sufridos por los miembros de una colectividad (determinada o determinable) de consumidores. Pues sólo el consumidor que se persone podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable.

2. El electrónico

Este sistema, el arbitraje electrónico, ha sido regulado por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el R.D. 231/2008, de 15 de

febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

La norma pretende ser un instrumento de impulso y fomento del mismo y señala el carácter específico y virtual que representa el arbitraje de consumo electrónico regulado en el art. 51 y ss. del citado R.D., que demanda no sólo el establecimiento de parámetros de compatibilidad de aplicaciones sino también el establecimiento de los mecanismos necesarios que garanticen el funcionamiento integrado de las distintas aplicaciones informáticas que, en su caso, puedan utilizar las Comunidades Autónomas y el resto de las Administraciones Públicas implicadas en la gestión del Sistema Arbitral de Consumo.

Dicho funcionamiento integrado exige el establecimiento de mecanismos que permitan la gestión de un único procedimiento de una solicitud de arbitraje cuando intervienen Instituciones adscritas a distintas Administraciones Públicas. Pero además, como arbitraje institucional, el arbitraje de consumo electrónico debe asegurar la igualdad, también tecnológica, en el acceso y en el proceso, cualquiera que sea el lugar de residencia del consumidor y la empresa que aceptan someter sus conflictos al Sistema Arbitral de Consumo, y cualquiera que sea la Junta Arbitral competente para gestionar el arbitraje de consumo.

Asimismo, el repetido arbitraje de consumo electrónico debe posibilitar no ya el acceso a una o varias juntas arbitrales de consumo, sino el acceso al sistema en cuanto que aquellas se integran en este y el consumidor o empresario someten al sistema la resolución de sus conflictos conforme al art. 12 del R.D. 231/2008.

Por lo expuesto, el art. 51.2 del R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, queda redactado en los siguientes términos:

«2. Las Juntas arbitrales de Consumo, en los términos que consten en los respectivos convenios de constitución, se podrán adscribir voluntariamente a la administración del arbitraje electrónico que se sustanciará, conforme a lo previsto en esta norma, a través de los sistemas electrónicos y aplicaciones tecnológicas que habiliten las respectivas Juntas Arbitrales de Consumo en el ejercicio de sus competencias. Estos sistemas electrónicos y aplicaciones tecnológicas deberán garantizar la compatibilidad y el intercambio de información en el seno del Sistema Arbitral de Consumo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Ministerio de Sanidad y Política Social pondrá a disposición de las Junta Arbitrales de Consumo que voluntariamente se adscriban a ella una aplicación electrónica para la gestión del arbitraje electrónico».

Por su novedad habrá que explicar que dentro del ODR (*On line Dispute Resolution*), última fase en la evolución de los mecanismos ADR (*Alternative Dispute Resolution*), el arbitraje de consumo electrónico es uno de los que mayor éxito ha alcanzado en el mundo y en España. De ahí que, por fin, todas sus ventajas (rapidez, flexibilidad, superación de límites espaciales, comodidad,

bajo coste [...]), se vean legitimadas y fortalecidas en nuestro ordenamiento jurídico mediante su regulación expresa en el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC) (arts. 51 a 55).

a) El conflicto de consumo como disputa especial y la necesidad de solventarlo

El arbitraje de consumo electrónico persigue solventar el conflicto de consumo. Entendido éste, conforme al dictado del art. 1 RDSAC, como la disputa o diferencia surgida «*entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor*».

Con un planteamiento meramente iuspositivista de la definición de la disputa de consumo que ofrece el legislador se infieren dos datos que sirven para ubicar el objeto de estudio, uno con relación a la singularidad del conflicto de consumo y otro sobre la necesidad de solventarlo. Ciertamente, es importante proclamar la singularidad de la contienda a solventar.

Estamos ante un conflicto específico, una situación de divergencia o disidencia que únicamente tiene lugar entre personas determinadas (consumidores o usuarios y empresas o profesionales) basada en los derechos reconocidos al consumidor³⁹⁵.

Precisamente, y en cuanto estas fricciones se dan en relación con derechos subjetivos reconocidos por el legislador directamente al consumidor o reconocidos en pacto o contrato suscrito por éste con la empresa o profesional³⁹⁶, habrá que recurrir al Derecho para justificar la necesidad de solventarlas.

Y es que el Derecho institucionaliza e integra los conflictos sociales en general y los conflictos de consumo en particular, dotando de seguridad a las relaciones sociales al tiempo que asegura su conservación y evita su aniquilación.

En otras palabras, es necesaria la solución del conflicto de consumo para garantizar la justicia y la paz de la sociedad; principales objetivos del Derecho, en cuanto fines necesarios para asegurar el orden público y lograr la perfección del bien común³⁹⁷.

³⁹⁵ Por tanto, la causa del choque, combate o pelea; no en vano, el término conflicto proviene del *conflictus* latino, voz que tiene su origen en *conflingere*, que implica combatir, luchar, pelear, chocar, golpear entre sí; entre las partes disputantes son los derechos del consumidor. Como ya se dijo, únicamente se pueden someter a esta técnica disputas disponibles, prohibiendo el RDLeg. 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 la aplicación del arbitraje a conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o en los que exista indicios racionales de delito.

³⁹⁶ Por tanto, en ambos casos estos derechos subjetivos derivan de la ley, pues fuerza de ésta tienen las obligaciones nacidas de los contratos (art. 1.091 C.C.).

³⁹⁷ BRUFAU PRATS, Jaime, *Teoría fundamental del derecho*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 221. Se mueven en el marco de postulados similares, ZORRILLA RUIZ, Manuel María y

b) Los medios para solventar el conflicto de consumo

1º.- Presentación de los instrumentos más importantes

Apuntada la singularidad del conflicto de consumo y la necesidad de solventarlo, debe introducirse el concepto de medio de resolución de conflictos en general y de la controversia de consumo en particular.

Estos últimos, en cuanto no son más que la especie del género, se entienden como medio de resolución del conflicto de consumo, las instancias, instrumentos, procedimientos o vías concretas establecidas o reconocidas por el ordenamiento jurídico para resolver las disputas de consumo. Persiguen, por tanto, el predominio de la justicia y la paz entre las partes contendientes en cuanto medio para asegurar el orden público y el bien común.

En el marco del Estado social y democrático de Derecho, la principal característica de los instrumentos para solventar los conflictos es el empleo exclusivo de la razón y la prohibición del uso de la fuerza como elemento resolutorio, pues el ordenamiento jurídico español reniega de la autodefensa mediante disposiciones normativas que suponen la prevalencia de la razón y el rechazo frontal a la violencia en cuanto procedimiento de resolución de conflictos.

Se prohíbe la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 del Código Penal), por lo que el ciudadano que se considera lesionado en su derecho debe acudir a instancias institucionalizadas para hacerlo valer y nunca a la fuerza, tipificándose expresamente como delito de coacción el uso de ésta como medio para solventar conflictos (art. 172 CP).

Prohibidas las vías irracionales e incivilizadas de resolución de las disputas, alternativamente se deben ofrecer a los ciudadanos métodos, formas o mecanismos aptos para solventar sus diferencias; cuantas más, mejor³⁹⁸.

Respondiendo a este planteamiento, el ordenamiento jurídico como se ha visto, además de la jurisdicción, vía pública de resolución de disputas, encarnada en el Poder Judicial estatal y basada en el ejercicio por parte de éste de la función jurisdiccional, existen extramuros de aquélla abundantes mecanismos extrajurisdiccionales, fundamentados en la autonomía de la voluntad de las partes, dirigidos a solventar diferencias. Los principales son la conciliación, la mediación y el arbitraje. Todas ellas y sus híbridos integran este espacio privado de resolución de disputas.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Dykinson, Madrid, 1998. pág. 9.

³⁹⁸ Cuanto más amplio sea el abanico de medios para solventar los conflictos previstos por el ordenamiento jurídico, mejor se cumplirá su objetivo de pacificación de la sociedad. Es la idea que en EE.UU. se denomina «diversificación de los medios de resolución». La expone brillantemente, MENKEL-MEADOW, Carrie, «Do the "haves" come out ahead in alternative judicial systems? Repeat Players in ADR», *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, vol. 15, 1999.

2º.- La jurisdicción en cuanto vía instituida por el Estado para solventar conflictos jurídicos

MONTERO AROCA, entiende como jurisdicción dos realidades: 1) el conjunto de órganos judiciales que existe en España y los jueces y magistrados que los integran, y 2) la labor que en aquéllos los últimos realizan (la función jurisdiccional: juzgar y ejecutar lo juzgado, y proteger ambas mediante la tutela cautelar)³⁹⁹. La rama del Derecho que estudia la jurisdicción es el Derecho jurisdiccional, tradicionalmente denominado Derecho procesal.

Mientras este último se centra en el análisis del proceso, el Derecho jurisdiccional mantiene que el denominado Derecho procesal regula otras realidades además del proceso (la jurisdicción y la acción), erigiendo la jurisdicción; entendida como se acaba de señalar; en el elemento eje de la materia⁴⁰⁰.

En esta nueva construcción se denomina acción al conjunto de derechos reconocidos a los justiciables en relación con la jurisdicción. Integra este conjunto de derechos, encabezándolos, el derecho de los ciudadanos de acudir a la vía jurisdiccional, y correlativamente, todo el elenco de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a aquéllos en su actuación frente o ante los órganos jurisdiccionales.

Desde esta perspectiva, el proceso se entiende como instrumento necesario e imprescindible para desempeñar la jurisdicción y ejercitar la acción: los jueces juzgan mediante el proceso y los ciudadanos satisfacen su derecho de acción en aquél y mediante aquél.

3º.- El arbitraje de consumo electrónico en cuanto arbitraje especializado y parte del On Line Dispute Resolution (ODR)

El arbitraje de consumo electrónico se ubica primero, en el movimiento mundial ADR (*Alternative Dispute Resolution*), que propugna la necesidad de diversificar los medios de resolución y la utilización, siempre que sea posible y conveniente, de técnicas extrajurisdiccionales, basadas en el consenso de las partes contendientes, en cuanto vía para evitar todas las debilidades del sistema jurisdiccional (enfrentamiento entre las partes, elevado tecnicismo, insatisfacción, coste elevado, dilación, ineficacia) al tiempo que se garantiza el acceso a la justicia a todos los ciudadanos⁴⁰¹.

³⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Lluís; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, 15 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 38.

⁴⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 166. Más recientemente, MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Lluís; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional I. Parte general* págs. 21 a 23.

⁴⁰¹ Entre muchos, BERZON, M., «Settling disputes, without boxing gloves», *American Shipper*, núm. Diciembre 1995, PICKER, Bennett, «ADR. New challenges, new roles and new opportunities», *Dispute Resolution Journal*, núm. febrero-abril 2001, RESNIK, J., «Many doors?

Más concretamente, el arbitraje de consumo electrónico se debe situar en la última fase de la evolución del ADR, en lo que se conoce como ODR (*On Line Dispute Resolution*).

Con esta denominación en el entorno anglosajón se quieren designar dos realidades: la posibilidad de utilizar las técnicas privadas ADR para solventar, los, cada vez más frecuentes, conflictos derivados de las transacciones y negocios en la red (tráfico jurídico *on line*), y la posibilidad de conjugar las técnicas privadas de resolución de conflictos con las nuevas tecnologías, practicándose la conciliación, la mediación o el arbitraje a través de Internet, pues el ADR se ha adaptado a ambas realidades. Por una parte, ya es posible la aplicación de nuevas tecnologías y herramientas de comunicación a las fases de un procedimiento ADR tradicional, sumando con ello a las fortalezas del ADR la superación del límite espacial.

En cuanto al ámbito material de este procedimiento arbitral, es el mismo que el visto para el procedimiento ordinario de consumo, es decir, todo tipo de conflicto sobre materia dispositiva que surja en la relación de consumo, en que los conflictos derivados de la práctica del comercio electrónico van a encontrar su mayor aliado en este procedimiento, dado su agilidad y deslocalización.

Por otra parte, el tráfico jurídico *on line*, cada vez más habitual, también es conflictivo, habiéndose demostrado aptas para solucionar este tipo de controversias las técnicas privadas⁴⁰².

En este contexto, especificando aún más, además ha de identificarse el arbitraje de consumo electrónico como variedad o especie de arbitraje de consumo, que al tiempo es una especie o tipo de arbitraje, lo que permite afirmar que se trata de un arbitraje especialísimo.

Closing doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, núm. 10, 1995 y SANDER, Frank, GOLDBERG, Stephen, «Making the right choice», *American Bar Association Journal*, núm. 79, 1993. En nuestro país, BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajurisdiccional de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁴⁰² Recogen ambas vertientes en la aplicación de los medios alternativos, entre todos, KATSH, Ethan y RIFKIN, Janet, *Online Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001, pág. 2, FRIEDMAN, G. H., «Alternative dispute Resolution and emerging online technologies: challenges and opportunities», *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 19, 1997, y NEY, P. H., «The internet offers Alternative Dispute Resolution Options», *The Colorado Lawyer*, vol. 29, 2000. En nuestro país, HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, «Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo *on line* en el marco del sistema español de protección de los consumidores», *Revista de Derecho Universitat de Valencia (Estudi general)*, núm. 2, 2003, FORTÚN, Alberto, «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (II): el arbitraje *on line*», *Juris. Actualidad y práctica del Derecho*, núm. 78, 2003, DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Miguel Ángel, «El arbitraje en Internet», *Actualidad Aranzadi*, núm. 41, 2001 y GARCIA-AGUDO MENDES, José Antonio, «El convenio arbitral y el pacto arbitral electrónico en el arbitraje interno o doméstico», *Actualidad Aranzadi*, núm. 41, 2001.

Vinculando las tres categorías, el arbitraje genérico supone, sucintamente, el recurso de los contendientes a un tercero o más, a quien conforme a su acuerdo de voluntades, le otorgan autoridad para solventar de manera vinculante la disputa, pues dos son los elementos principales de esta técnica: 1) la forma en la que surge, mediante el convenio arbitral, que además de recoger el acuerdo de voluntades de las partes de someter un conflicto disponible a arbitraje pudiendo éstas marcar al árbitro pautas de actuación recoge su compromiso de acatar el laudo, y 2) la fuerza vinculante y ejecutiva del laudo arbitral.

Se ordena expresa y sistemáticamente en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA). Curiosamente esta LA únicamente se refiere a un arbitraje sectorial especial y especializado, al (arbitraje) de consumo (disp. adic. única), debiendo entender éste como «el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes» de los conflictos de consumo (art. 1.2 RDAC). Efectivamente, aunque el arbitraje de consumo cuenta con su propia norma de regulación (RDAC), en todo lo que aquélla no prevé rige la LA (arts. 3.1 RDAC y 1.3 LA). Es más, el RDAC vino a cohesionar u homogeneizar el Sistema Arbitral de Consumo, casando su ordenación con la LA, vistiendo este mecanismo de seguridad jurídica y reforzando la confianza de empresarios y consumidores en aquél.

Lo ha conseguido ordenando un arbitraje de consumo dotado de las características esenciales de éste (voluntario, unidireccional, institucionalizado, gratuito, sencillo, rápido y de equidad).

Además, el RDAC, por primera vez, ha ordenado como especies de un mismo género (el arbitraje de consumo), el arbitraje de consumo electrónico (arts. 51 a 55) y el arbitraje de consumo colectivo (arts. 56 a 62)⁴⁰³.

Inciendo en el primero, el legislador define el arbitraje de consumo electrónico como aquél que «se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales» (art. 51.1 RDAC), optando, por tanto, expresamente por la que denominábamos segunda acepción del ODR en aplicación al arbitraje de consumo, sin especificar el origen; tráfico jurídico tradicional o tráfico *on line*; de los conflictos de consumo a solventar, dado que sin perjuicio del reconocimiento expreso del arbitraje de consumo electrónico, el que se sustancia íntegramente por medios electrónicos, el legislador fomenta la utilización por las Juntas Arbitrales de consumo o los órganos arbitrales de medios electrónicos para facilitar las comunicaciones o para realizar actuaciones arbitrales concretas, recogiendo expresamente esta posibilidad

⁴⁰³ MARCOS FRANCISCO, Diana, «El arbitraje de consumo *on line* en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 96, 2008. Explican sus antecedentes fuera de nuestras fronteras, especialmente en EE.UU., GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, «Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico», *Diario La Ley*, núm. 6733, 2007 y CARRINGTON, Paul, «Virtual arbitration», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, núm. 15. 2000.

(art. 51.1 II RDAC).

Concretamente, se ordena que el arbitraje de consumo electrónico se sustancie mediante la aplicación electrónica habilitada por el Ministerio de Sanidad y Consumo para el Sistema Arbitral de Consumo, debiendo, al efecto, las Juntas Arbitrales de Consumo adscribirse a la misma (art. 51.2).

Por lo demás, el régimen jurídico del arbitraje de consumo electrónico se integra de unas determinadas especificidades (determinación de la Junta Arbitral competente, firma electrónica, notificaciones y cómputo de los plazos y lugar del arbitraje) dentro de la ordenación general del arbitraje de consumo el cambio tecnológico exigirá un cambio jurídico en el seno de la sociedad de la información. Así se entiende que el régimen jurídico del arbitraje de consumo contenga especialidades para su modalidad), resultando la LA (arts. 3.1 RDAC) y 1.3 LA) y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP) (art. 3.3 RDAC) de aplicación supletoria en todo lo que no regulen aquéllas.

c) La jurisdicción como fuente de garantías del arbitraje de consumo

1º.- El arbitraje de consumo electrónico en cuanto objeto de estudio del Derecho Jurisdiccional

Constatado que el arbitraje de consumo electrónico es un arbitraje especialísimo, por el conflicto que solventa y por el empleo de medios telemáticos en su desarrollo, obviamente, comparte la naturaleza jurídica del arbitraje genérico.

Ello, es un elemento clave para explicar la importancia de la jurisdicción en cuanto fuente de garantías de aquél. Concretamente, dos son las teorías principales que aparecen en la doctrina sobre la naturaleza del arbitraje, la que defiende su naturaleza privada y la que mantiene su carácter público.

Los autores que defienden la naturaleza privada del arbitraje se centran en el rol de la autonomía de la voluntad en esta técnica de resolución. Conforme a su discurso, el consenso de voluntades de los protagonistas del conflicto marca el origen, desarrollo y fin de este mecanismo: el arbitraje surge fruto de acuerdo de voluntades de dos o más ciudadanos que configurando un negocio privado (el convenio arbitral) deciden someter su disputa a un árbitro y acatar su laudo, debiendo actuar éste conforme a las pautas pactadas por aquéllas, desempeñando una función privada. De esta manera, resultando privados todas las relaciones y efectos que surgen en el arbitraje, se sitúa éste en el ámbito del Derecho privado o contractual⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ GUASP DELGADO, Jaime, *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 21 y ss., calificando el arbitraje como fenómeno material o sustantivo, «contrato de solución de tracto sucesivo procedimental», separado totalmente del proceso jurisdiccional. Mostraron postulados similares, entre otros, FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 20, y MUÑOZ CAMPOS, Juan «A vueltas con el arbitraje laboral», *Revista de Trabajo*, núm. 77, 1985.

En el otro extremo, otro grupo de autores, reparando en las similitudes entre el arbitraje y la jurisdicción, proclama el carácter público de este mecanismo. Son los publicistas. A su decir, a pesar de que los árbitros sólo detentan la autoridad reconocida por las partes para solventar su conflicto; no potestad jurisdiccional, exclusiva de los jueces; la función que desarrollan (solventar la disputa de manera vinculante) es muy semejante a la de los jueces.

Remarcan, asimismo, que el resultado de ambos mecanismos, encarnado en la sentencia y en el laudo, comparten carácter obligatorio y ejecutorio y su efecto de cosa juzgada. En su opinión estos efectos superan el ámbito de la autonomía de la voluntad, pues sólo el Estado puede reconocerlos, por ello, ubican el arbitraje en el ámbito público.

Conviene matizar que la discusión doctrinal sobre la naturaleza del arbitraje se avivó con la aprobación de la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953. Hasta entonces el arbitraje había sido regulado en las leyes rituarias civiles (La Ley de Negocios y Causas de Comercio de 1830, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la LEC de 1881), considerándose la función de los árbitros como idéntica a la de los jueces; sin embargo, la ordenación de esta técnica en un cuerpo autónomo suscitó las dudas de la doctrina y desembocó en una agria discusión entre los autores⁴⁰⁵.

A medio camino, prevalece en la actualidad la teoría ecléctica sobre la naturaleza del arbitraje. Mantienen los que la profesan que en el arbitraje se combinan elementos privados y públicos, considerando aquél, con apoyo jurisprudencial, «*equivalente jurisdiccional, para jurisdiccional o cuasijurisdiccional*» (Tribunal Constitucional en sentencias 43/1988, de 16 de marzo, 15/1989, de 26 de enero y 62/1991, de 22 de marzo)⁴⁰⁶.

En este marco, se ubica el arbitraje entre la teoría publicista y la ecléctica⁴⁰⁷ atribuyendo su estudio al Derecho jurisdiccional, porque comparte con este dos de sus tres ejes, el proceso y la acción.

Así, el origen contractual del arbitraje y la fuente de la autoridad del árbitro son incuestionables. El árbitro no es juez; únicamente detenta la autoridad atribuida

⁴⁰⁵ ROCA MARTÍNEZ, José María, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 46. Recientemente, ha defendido con ahínco la naturaleza pública del arbitraje, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, págs. 371 y ss. También, entre otros, MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho procesal*, 2.ª ed., Madrid, 1979, págs. 93 y 94, y CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 29.

⁴⁰⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALVÁN, Juan Manuel, *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1856, pág. 304, y PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Una nueva regulación del arbitraje*, Madrid, 1954, pág. 4. En la actualidad, entre muchos, ALMAGRO NOSETE, José, «La ejecución del laudo arbitral», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 0, 1988, y CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo, «El arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, Vol, 4, 1990.

⁴⁰⁷ BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006, pág. 48.

por las partes. Sin embargo, en cuanto jurisdiccionales, semejantes a los que produce la sentencia judicial, son los efectos del laudo arbitral (cosa juzgada y ejecutividad), jurisdiccional debe ser este mecanismo en su desarrollo.

En otras palabras, para que el Estado atribuya los efectos mentados al arbitraje es imprescindible que en su desarrollo se cumplan unos requisitos y pautas.

De ahí que se aplique la categoría proceso al arbitraje. Inherente al proceso es el reconocimiento a las partes de unos derechos y garantías en el mismo. Ello lleva a postular la aplicación del tercero de los ejes del Derecho jurisdiccional (la acción) al proceso arbitral. Pues como ya se sabe, la acción aglutina el conjunto de derechos que se reconoce a los ciudadanos ante los tribunales de justicia.

En la medida que pueden ser aplicados, también se aplican en el arbitraje⁴⁰⁸.

Por tanto, y trayendo la cuestión de la naturaleza jurídica al arbitraje de consumo electrónico; arbitraje especialísimo, también éste comparte con la jurisdicción dos de sus tres elementos básicos, el proceso y la acción, que precisamente vienen a cubrir de garantías aquella técnica.

Pero además, y aunque el arbitraje de consumo electrónico suponga, a priori, apartar a un lado la jurisdicción, en su desarrollo se acude frecuentemente a los jueces, quienes en ejercicio de la función jurisdiccional, ofreciendo tutela declarativa, ejecutiva y cautelar, también cubren de garantías aquél mecanismo.

2º.- La asistencia y control de la jurisdicción al arbitraje de consumo electrónico en cuanto principal garantía para los usuarios de este mecanismo

Para entender este elemento debe recordarse que el régimen jurídico del arbitraje de consumo electrónico se contiene, prioritariamente, en los arts. 51 a 55 RDAC, que se complementan con la ordenación del arbitraje de consumo en general (RDAC) y con la aplicación supletoria de la LA y del LAECSP.

Concretamente, la relación arbitraje-jurisdicción se ordena, sobre todo, en la LA, siendo ésta la que regula los tribunales competentes «*para las funciones de apoyo y control del arbitraje*» (en general, y en el de consumo electrónico en particular) (art. 8) y su participación en este mecanismo, por lo que se pueden diferenciar las tres tutelas que ofrecen los jueces.

En relación con la tutela declarativa jurisdiccional, la consistente en declarar el Derecho aplicable en el caso o conflicto concreto, lo primero que conviene destacar, como es sabido, es que el arbitraje de consumo electrónico no puede solventar todo tipo de disputas de consumo.

⁴⁰⁸ BARONA VILAR, Silvia, «El arbitraje en el Derecho español», en AA.VV., *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (arbitraje, conciliación)*, Consellería de Bienestar Social Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, pág. 36 y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (Novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 16.

Sólo puede dilucidar aquéllos conflictos sobre materia disponible que no versen sobre intoxicación, lesión o muerte y en los que no existan indicios racionales de delito (arts. 1 y 2 RDAC y 57 TRLCU). Por tanto, en los casos mentados se tendrá que acudir necesariamente a la vía jurisdiccional. Luego, el arbitraje sustituye «en parte» la tutela declarativa judicial.

Pero, incluso, en los casos en los que una disputa se somete a arbitraje de consumo electrónico se recurre a la vía jurisdiccional solicitando asistencia judicial para la práctica de pruebas o para la impugnación del laudo arbitral que pone fin a aquél.

En el arbitraje de consumo el órgano arbitral debe resolver sobre la aceptación o rechazo de las pruebas propuestas por las partes, reconociéndosele la posibilidad de proponer de oficio la práctica de pruebas complementarias que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia (art. 45.1 RDAC)⁴⁰⁹.

Pero además, los árbitros o cualquiera de las partes, con aprobación de aquéllos, pueden solicitar asistencia judicial para la práctica de pruebas al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se esté celebrando el arbitraje de consumo electrónico o del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia (art. 33 LA). Esta intervención judicial puede limitarse a la adopción de medidas específicas para que la prueba concreta pueda realizarse ante los árbitros, o más allá, incluso, se puede practicar la prueba ante el órgano jurisdiccional competente. En cualquier caso, estas pruebas, en cuanto actividad jurisdiccional, se realizarán conforme a la normativa prevista para las mismas en la LEC. Así será en cualquier arbitraje de consumo (en general). Sin embargo, en el arbitraje de consumo electrónico cabe destacar dos especialidades, una con relación al lugar del arbitraje, que, como recién se acaba de señalar, condiciona el órgano jurisdiccional que interviene en la prueba, y otra con relación a la forma de desarrollo de la prueba.

El lugar en el que se desarrolla el arbitraje de consumo virtual es una cuestión importante porque es una peculiaridad de este arbitraje especialísimo, que no se da en un espacio físico sino en un espacio virtual (por consiguiente, los intervinientes, partes y órgano arbitral, pueden estar en lugares distintos, pues no se requiere su contacto físico)⁴¹⁰, y porque, además, es criterio esencial

⁴⁰⁹ La ordenación del arbitraje de consumo recoge, además, expresamente la posibilidad de presentar como prueba medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones relevantes para el proceso; que el acuerdo del órgano arbitral sobre la prueba se notificará a las partes con expresión de la fecha, hora y lugar de celebración, convocándolas al efecto, y que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas los sufragarán las partes proponentes, las comunes o coincidentes por mitad.

⁴¹⁰ GRAHAM, James, «La deslocalización del arbitraje virtual», *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 40, 2001, una deslocalización del arbitraje que permite «aniquilar las distancias». Esta deslocalización ha sido como apuntan YU, Hong-lin, NASIR, Motassem, «Can online arbitration exist within the tradicional arbitration Framework», *Journal of International Arbitration*, núm. 20, 2003, el elemento causante de que el arbitraje se haya tenido que «reinventar», como consecuencia de la ruptura de toda frontera

para determinar el carácter del arbitraje -nacional o extranjero- y, por ende, la legislación aplicable (arts. 1 y 3 LA) y los tribunales encargados de apoyar y controlar el arbitraje (art. 8 LA).

Ello explica que la ordenación del arbitraje de consumo electrónico se ocupe expresamente esta cuestión: el lugar de celebración del arbitraje de consumo electrónico es aquél en el que tenga su sede la Junta Arbitral de Consumo o la delegación territorial de la Junta Arbitral competente para conocer el proceso, salvo que en el laudo dictado figure un lugar distinto, entendiéndose en este último caso que el lugar de celebración del arbitraje es aquél en el que se hubiera dictado el laudo (art. 55 RDAC).

Por otra parte, y en cuanto a la forma de desarrollo de la prueba, en cuanto el arbitraje de consumo electrónico se realiza virtualmente, cuando la prueba vaya dirigida al convencimiento del órgano arbitral, en la medida de lo posible, también se realizará por medios telemáticos, disponiendo el RDAC expresamente que *«cuando se acuerde la práctica presencial de la prueba, ésta se realizará por videoconferencia o por cualquier medio técnico que permita la identificación y comunicación directa de los comparecientes»* (art. 45.4), pues la ley permite utilizar estos medios telemáticos, en general, en el arbitraje de consumo, siempre que lo acuerde el órgano arbitral. La misma prescripción se aplicará a la asistencia judicial en materia de prueba: en la medida de lo posible, se realizará por medios telemáticos.

Del mismo modo, sin perjuicio de que el RDAC no lo ordene expresamente, por aplicación subsidiaria de la LA, la parte de un proceso arbitral que quiera impugnar el laudo final (presentado mediante soporte virtual) debe acudir obligatoriamente a la vía jurisdiccional. En ésta se interponen la acción de anulación del laudo. Mediante este recurso los ciudadanos obtienen una garantía adicional: un órgano judicial controla la labor realizada por el órgano arbitral, sin que el empleo de mecanismos telemáticos sea excusa para infringir la ley.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje común, en el arbitraje de consumo, ordinario o electrónico, no se solicita tutela declarativa jurisdiccional de los jueces para nombrar a los miembros del órgano arbitral (arts. 8.1 y 15.3, 4, 5 y 6 LA), porque éste, como ya se dijo, en cuanto arbitraje institucional, se estructura en torno a las Juntas Arbitrales, siendo competencia de su presidente la designación de los árbitros que deben conocer de los conflictos concretos (art. 21.1 RDAC).

Por lo demás, la competencia de las Juntas Arbitrales para determinar aquella que debe conocer de un conflicto concreto se establece conforme a las reglas previstas en general para el arbitraje de consumo (aquella a la que ambas partes, de común acuerdo, se sometan; en su defecto, la Junta Arbitral territorial en la que tenga su domicilio el consumidor, conociendo en caso de concurrencia, la de inferior ámbito territorial. Cuando exista limitación territorial en la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, será competente la Junta Arbitral de Consumo a la que se haya adherido la empresa

o profesional, siendo varias, optando el consumidor por una de ellas) (art. 8 RDAC) entre las adscritas al arbitraje de consumo electrónico (art. 52 RDAC)

Mirando ya a la tutela ejecutiva jurisdiccional, es posible que una de las partes del arbitraje de consumo electrónico no cumpla voluntariamente el laudo. Ciertamente, independientemente de que al suscribir el convenio arbitral, origen o fuente del arbitraje de consumo electrónico las partes se obligan a cumplir el laudo que pone fin a esta técnica, lo que se denomina efecto positivo del convenio arbitral, que dígase de paso, en el arbitraje de consumo virtual también puede realizarse por medios telemáticos (art.24.1 II RDAC), es posible que, una vez dictado, alguna de las partes se niegue a cumplirlo. En este panorama poco pueden hacer los árbitros. La solución y garantía proviene, una vez más, de la vía jurisdiccional: los jueces, en ejercicio de su potestad jurisdiccional y de la tutela ejecutiva (art. 117.3 CE), pueden hacer cumplir, incluso por la fuerza, el laudo arbitral, que tiene eficacia de título ejecutivo (arts. 1.2 RDAC y 44 LA).

Se pueden ejecutar en vía jurisdiccional, como norma general, los laudos firmes. Un laudo deviene firme desde que finaliza el plazo para interponer la acción de anulación contra el mismo (dentro de los 2 meses siguientes a su notificación, o en caso de que se haya solicitado su corrección, aclaración o complemento, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla) o desde que aquélla es resuelta mediante sentencia (arts. 41.4 y 42.2 LA, respectivamente).

Excepcionalmente, la LA permite la ejecución del laudo arbitral aunque contra el mismo se haya ejercitado acción de anulación (art. 45.1), dado que para proteger el interés del ejecutado se le permite en estas circunstancias solicitar al tribunal que está conociendo de la ejecución del laudo arbitral la suspensión de la misma.

El tribunal acordará lo que estime pertinente, pudiendo exigir al ejecutado caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo.

En cualquier caso, la ejecución del laudo arbitral corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se haya dictado aquél (arts. 8.4 LA y 545.2 LEC) y, en cuanto actividad plenamente jurisdiccional, se desarrollará conforme a la regulación contenida en la LEC (art. 44 LA con remisión a los arts. 517 y ss. LEC).

Con relación al laudo firme, ha de recordarse su efecto de cosa juzgada (*res iudicata*) (art. 43 LA), en cuanto garantía básica del arbitraje de consumo electrónico proveniente de la jurisdicción.

Basado en la necesidad de que todo pleito jurídico debe tener un final, y reflejo del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la cosa juzgada supone, en primer lugar, la imposibilidad para el órgano arbitral y las partes del proceso arbitral de desconocer lo decidido en el mismo, es la denominada cosa juzgada formal, pues un laudo produce efecto de cosa juzgada formal cuando deviene firme.

Esta es la cosa juzgada formal que produce efectos internos al proceso determinado e implica que lo decidido durante el proceso y en el mismo, es vinculante para el órgano arbitral y las partes, por tanto el mismo efecto que el dispuesto en art. 207 LEC; y en segundo, la prohibición de volver a entablar un nuevo proceso (arbitral o jurisdiccional) sobre o en relación con una pretensión ya decidida, es la aplicación del principio *non bis in idem*; y la consiguiente vinculación de lo decidido en posteriores litigios (art. 222 LEC).

Esta es la denominada cosa juzgada material, sus efectos son externos al proceso, traspasando sus límites e influyendo en otras causas. Responde este efecto típicamente jurisdiccional a la trascendental finalidad de salvaguardia de la seguridad y la paz jurídicas⁴¹¹.

En tercer lugar, aunque el RDAC no dispone expresamente la posibilidad del consumidor y empresario envueltos en un arbitraje de consumo electrónico concreto de acudir a la vía jurisdiccional en solicitud de tutela cautelar, lo pueden hacer aplicando supletoriamente, una vez más, la LA.

Y es que, a pesar de que la celeridad es la característica básica del arbitraje de consumo, y especialmente del arbitraje de consumo electrónico, es posible que alguna de las partes del proceso aproveche el tiempo que requiere su desarrollo para realizar actividades que pongan en riesgo la eficacia del laudo final.

Para evitarlo, el consumidor y el empresario pueden acudir al Juzgado de Primera Instancia encargado de la ejecución del laudo que, en su caso, ponga fin al arbitraje de consumo electrónico, y en su defecto, al del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (arts. 8.3 LA y 724 LEC) en solicitud de una medida cautelar.

Consciente de la importancia de esta garantía proveniente de la vía jurisdiccional, el legislador prohíbe que el convenio arbitral impida a las partes solicitar esta tutela cautelar y al órgano jurisdiccional ofrecerla, bien con anterioridad a las actuaciones arbitrales, bien durante su tramitación (art. 11.3 LA).

Solicitada la tutela cautelar al órgano jurisdiccional competente, mediante la interposición de una pretensión cautelar por alguna de las partes del proceso arbitral, se desarrollará ante los jueces el pertinente proceso (jurisdiccional) cautelar dirigido adoptar, en su caso, la medida cautelar pertinente. Esta actividad se desarrollará conforme a la normativa jurisdiccional (arts. 721 y ss. LEC).

No se debe omitir en este punto que la nueva LA permite a los propios árbitros encargados del arbitraje, en general y, en el de consumo electrónico, adoptar medidas cautelares, salvo acuerdo en contrario de las partes, siempre que lo solicite cualquiera de ellas, pudiendo exigir caución suficiente al solicitante (art.

⁴¹¹ MONTERO AROCA, Juan, «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, 1996.

23 LA).

No obstante, los árbitros no pueden ejecutar las medidas cautelares que, en su caso, adoptan, debiendo las partes solicitar su ejecución forzosa en sede jurisdiccional.

Del mismo modo, si el consumidor o el empresario consideran que una medida cautelar decidida por un órgano arbitral les perjudica, pueden interponer contra la misma la mencionada acción de nulidad ante los tribunales de justicia.

En definitiva, y advertida la relación del arbitraje de consumo *on line* con la jurisdicción, queda claro que el efecto negativo del convenio arbitral (la exclusión de la vía jurisdiccional) no es ni definitivo ni total, más al contrario, es la jurisdicción la que dota de garantías y eficacia el arbitraje de consumo electrónico, dependiendo este último de aquélla en su labor de solventar las disputas.

3º.- La jurisdiccionalidad de la normativa que ordena el arbitraje de consumo electrónico en cuanto garantía para los ciudadanos

El arbitraje de consumo electrónico en particular, se estudia en el ámbito del Derecho jurisdiccional, pues comparte dos elementos ejes de éste (el proceso y la acción), y la tutela declarativa, ejecutiva y cautelar que ofrecen los jueces son fuente de garantías y eficacia para aquél, se apuntan otras garantías para los ciudadanos previstas en la normativa concreta del arbitraje de consumo electrónico de clara inspiración jurisdiccional, diferenciando tres elementos: el órgano arbitral, la acción y el proceso.

En cuanto arbitraje institucional, el arbitraje de consumo electrónico cuenta con la organización y el aval de la Administración. Concretamente, en el arbitraje de consumo electrónico intervienen las Juntas Arbitrales adscritas a la administración de aquél. Luego, se puede decir que organizan este arbitraje las Juntas especializadas, o por lo menos, entendidas en la realización del arbitraje por medios telemáticos.

Además, la RDAC dispone expresamente que su competencia se determine conforme a las reglas previstas para el arbitraje de consumo general.

El órgano arbitral que interviene en el arbitraje de consumo electrónico concreto puede ser unipersonal o colegiado, a voluntad de las partes (arts. 18 a 20). Independientemente de su configuración, en todo órgano arbitral interviene un «secretario arbitral» que realiza funciones muy parecidas a la del secretario judicial (art. 18.2).

Del mismo modo, en los órganos colegiados, igual que ocurre en los tribunales de justicia, uno de los integrantes actúa como presidente y las decisiones se adoptan por mayoría (arts. 20 y 47).

Con todo, se advierte una clara inspiración jurisdiccional. La misma que acompaña la regulación de la persona o personas (tres en los órganos colegiados) que integran el órgano arbitral. El árbitro de consumo, igual que el

juez, es una persona formada.

De hecho, el RDAC «*apuesta decididamente por la capacitación de los árbitros*», por la participación de «*árbitros acreditados*», dejando en manos del presidente de la Junta Arbitral de Consumo en la que han de intervenir la acreditación de que aquéllos cumplen «los requisitos de honorabilidad y cualificación establecidos por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo» (art. 17), al punto que los requisitos de honorabilidad y cualificación serán objetivos y públicos y que el presidente de la Junta Arbitral se entiende en todo caso acreditado para actuar como árbitro.

Además, para evitar que el requisito de la acreditación quede en meras buenas intenciones, se ordena expresamente la retirada de la acreditación de los árbitros (art. 23). En todo caso, debe recordarse que los árbitros acreditados a propuesta de la Administración, ya resuelvan en derecho o en equidad, deben ser Licenciados en Derecho (art. 33 RDAC y disp. Adic. Única LA).

Lo serán todos los que conozcan de un arbitraje en Derecho (art. 21.1 RDAC). Además, estos árbitros, igual que los jueces, deben actuar con independencia e imparcialidad y mantener la confidencialidad (art. 22). Para reforzar estos requisitos, el RDAC, siguiendo la ordenación de la LOPJ (arts. 217 a 228) y la LA (arts. 17 y 18), regula la abstención y la recusación de los árbitros (art. 22 RDAC).

Continuando con las garantías de inspiración jurisdiccional que contiene la regulación específica del arbitraje de consumo electrónico, y expuesta la razón por la que el derecho de acción, constitucionalizado en la actualidad en el art. 24 CE, también se ha de aplicar en éste, vamos a fijarnos en su reconocimiento en este ámbito.

En primer lugar, la regulación vigente facilita el acceso de los consumidores y empresarios al arbitraje de consumo electrónico. A las ventajas que, al respecto, acarrearán los medios telemáticos, se suma la gratuidad del arbitraje de consumo electrónico (art. 41 RDAC) y que su estructuración en torno a las Juntas Arbitrales favorece también el acceso de los ciudadanos.

Además, en concordancia con el carácter antiformalista del arbitraje de consumo, en éste las partes no requieren la intervención de abogado y procurador, factor que alienta su uso. Igualmente, la posibilidad de interponer recurso contra la inadmisión de la solicitud de arbitraje de consumo (art. 36 RDAC) es una garantía para la entrada de las partes al arbitraje de consumo electrónico.

Del mismo modo, y a pesar del efecto negativo del convenio arbitral, también se favorece el acceso de las partes del arbitraje a la jurisdicción, a la tutela declarativa, ejecutiva y cautelar de los jueces. Luego, la combinación arbitraje-jurisdicción facilita a los ciudadanos el acceso a la justicia, o por lo menos, a un método para obtenerla.

Se reconocen en el arbitraje de consumo como principios informadores del proceso arbitral la audiencia, la contradicción y la igualdad de las partes (art. 41

RDAC reiterando el contenido del art. 24 LA).

En consecuencia, ambas partes deben ser oídas en todo caso; ante las alegaciones de una de ellas, la otra también debe ser escuchada y deben ser siempre tratadas de la misma manera, permitiéndoseles la utilización de similares armas en el proceso arbitral.

Son garantías fundamentales para los ciudadanos, esenciales para evitar su indefensión e imprescindibles para la existencia de un verdadero proceso arbitral, que, aunque se prevén para el arbitraje de consumo en general, tienen la misma importancia, o más si cabe; en el arbitraje de consumo virtual. Así se explica que el legislador prescriba especialmente cómo se han de realizar las notificaciones en éste: se realizarán en la sede electrónica designada por las partes a tales efectos, entendiéndose realizadas al día siguiente a aquel en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación.

Describe la sede electrónica la LAECSP como *«aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en ejercicio de sus competencias»* (art. 10.1)⁴¹².

Además, y para ganar en seguridad jurídica, el RDAC dispone que si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral transcurridos 10 días desde la fecha y hora en que se produjo su puesta a disposición, la notificación se considerará intentada sin efecto, procediéndose a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico (art. 54), y es tan importante la adecuada realización de las notificaciones que su infracción es causa de anulación del laudo conforme al art. 41 LA.

Por otra parte, del mismo modo, prescripciones previstas para el arbitraje de consumo ordinario (no virtual) para proteger la audiencia, contradicción e igualdad se aplicarán a su modalidad electrónica con las adaptaciones que exigen los medios telemáticos.

Así *«las partes serán citadas a las audiencias con suficiente antelación y con advertencia expresa de que en ella podrán presentar las alegaciones y pruebas que estimen precisas para hacer valer su derecho»* y *«de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una de las partes aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de*

⁴¹² Por ejemplo en la C.A. Vasca el D. 232/2007, de 18 de diciembre, por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos dispone en su disp. adic. 3.^a que *«tienen la consideración de sede electrónica, conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, los portales o sitios web de los Departamentos o Entidades Públicas, de público objetivo y de área temática, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 108/2004, de 8 de junio, del modelo de presencia de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma en Internet»*

las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en los que el órgano arbitral pueda fundar su decisión» (arts. 44 y 42.3 RDAC).

El derecho a una resolución motivada, parte del derecho de acción, también se recoge expresamente en la ordenación del arbitraje de consumo (arts. 47 y 48 RDAC, este último con remisión al art. 37 LA), igual que el derecho a la prueba, en que el art. 45 RDAC se refiere expresamente a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y otras operaciones relevantes para el proceso. Además, preocupado por la eficacia de las pruebas cuando se realizan por medios telemáticos, ordena que cuando se acuerde la práctica presencial de la prueba, se realizará por videoconferencia o cualquier otro medio técnico que permita la identificación y comunicación directa de los comparecientes.

Del mismo modo, explícitamente se reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se dispone un plazo para dictar el laudo: seis meses a partir del día siguiente al inicio del proceso, si bien este plazo puede ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un periodo no superior a dos meses (art. 49.1 RDAC, con excepciones en los arts. 22 y 38 RDAC).

Por último, en el proceso arbitral, el instrumento por el que los árbitros realizan su tarea y las partes ven satisfecho su derecho de acción, lo primero que se destaca es que el RDAC, no se refiere al proceso arbitral sino al procedimiento arbitral, cuando este último no es más que la forma externa de aquél.

En cualquier caso, el proceso arbitral, basado en la autonomía de la voluntad de las partes, igual que el proceso (jurisdiccional) civil, es informado por el principio dispositivo: sólo puede iniciarse por petición de las partes, quienes pueden optar por el arbitraje de consumo ordinario o por el virtual; éstas definen, asimismo, la dimensión de la disputa sometida a arbitraje y la pretensión solicitada (art. 34 RDAC), debiendo el órgano arbitral ser congruente en su laudo con la pretensión interpuesta y con lo actuado en el proceso.

Con relación a la pretensión, entendida como la petición fundada dirigida al órgano arbitral, frente a otra persona, sobre un bien de la vida, en que una de las partes interpone la pretensión, de la misma forma, que la otra interpone la resistencia, resultando ambas ejes del principio de dualidad de posiciones y esencia del proceso, tal y como ocurre en la vía jurisdiccional. Es más, imitando a esta última, en el arbitraje de consumo el legislador permite la acumulación de pretensiones interpuestas frente a un mismo reclamado cuando concurra idéntica causa de pedir (art. 39.2 RDAC).

La estructura del proceso arbitral de consumo regulada en el RDAC y la regulación de sus distintas fases también recuerda mucho al juicio civil (al declarativo ordinario propiamente dicho y al verbal) pues existe una solicitud, o demanda, en la que se observan muchas similitudes con la del proceso civil: los requisitos que se exigen a la solicitud de arbitraje de consumo recuerdan muchos a los de la demanda del juicio civil ordinario *«breve descripción de los*

hechos que motivan la controversia, exposición sucinta de las pretensiones del reclamante, determinando, en su caso, su cuantía y los fundamentos en que basa la pretensión» (art. 34.1 c) RDAC con relación al 399 LEC), igualmente, la demanda, a semejanza de lo que ocurre en el proceso civil, es donde el solicitante propone y aporta las pruebas que quiere emplear en el proceso (art. 34.3 RDAC en relación al 265 LEC), se deben presentar la solicitud y los documentos que la acompañan por duplicado (art. 34.1 RDSAC en relación al 273 LEC), se pueden subsanar los errores y omisiones cometidos en su redacción y presentación (art. 34.2 RDAC en relación a los arts. 24 CE y 231 LEC) e incluso cabe la ampliación de la demanda arbitral, sin que, como ocurre en el proceso civil, ello modifique la competencia del órgano arbitral (art. 43.1 RDAC en relación al art. 411 LEC).

Y una contestación, con posibilidad de reconvenir, esta, Institución típicamente jurisdiccional, ordenada tanto para el proceso civil ordinario como para el verbal (arts. 406 a 409 y 438 LEC, respectivamente, siguiendo la regulación de la LEC, el legislador también requiere conexión entre la pretensión principal y la introducida vía reconvenición (art. 43.2 RDAC); y una conciliación o mediación previa e intraprocesal, a semejanza del proceso civil ordinario, en el que además de la conciliación previa voluntaria (arts. 460 a 480 LEC 1881) se ordenan dos conciliaciones en la audiencia previa (arts. 415 y 428.2 LEC), en el proceso arbitral de consumo se puede mediar o conciliar antes de que se nombre a los árbitros, como una vez éstos hayan empezado a realizar su labor (arts. 38 y 42 RDAC) y, una o más audiencias en las que las partes presentan alegaciones y pruebas.

En este punto, como elemento propio de este proceso arbitral, no tomado de la vía jurisdiccional, y fuente de garantía en un arbitraje no presencial, habrá que referirse a la firma electrónica. Su uso garantiza la autenticidad de las comunicaciones y la identidad de las partes y del órgano arbitral en el proceso arbitral de consumo electrónico (art. 53 RDAC), aunque también es cierto que la ley permite la utilización de cualquier otra técnica que asegure la autenticidad de la comunicación y la identidad del remitente⁴¹³.

Del mismo modo, el levantamiento de actas sobre lo actuado (arts. 18.2 h) y 44.2 RDAC) dota de garantías al ciudadano, pues aquéllas se convierten en prueba escrita de lo actuado. Si en los procesos «normales» -jurisdiccionales y arbitrales- el acta es un elemento importante, más importancia adquiere, si cabe, en los virtuales, debido a la deslocalización que les caracteriza.

d) La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁴¹³ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, «Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo *on line* en el marco del sistema español de protección de los consumidores», *Revista de Derecho Universitat de València*, núm. 2, 2003, mantiene que «en un procedimiento de arbitraje *on line* es fundamental la utilización de la firma electrónica entendida como un bloque de caracteres que acompaña a un documento o fichero acreditando quién es su autor (autenticación) y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos (integridad)».

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 29 de noviembre de 2011, puso de manifiesto la necesidad de poder acceder a sistemas de reparación efectivos, de modo que el Mercado Único debe adaptarse a una nueva realidad que se caracteriza por el recurso cada vez mayor a Internet como canal de venta al por menor, en que la confianza del consumidor se ve afectada por la falta de seguridad en que los problemas derivados de la adquisición de mercancías y servicios pueda ser resuelta con eficiencia.

En esta Comunicación se explicaba como las propuestas de la Comisión sobre la resolución alternativa de litigios (RAL) y la resolución de Litigios en Línea (RLL) contribuye a fomentar el acceso a una resolución de litigios rápida, barata y efectiva mediante procedimientos alternativos de resolución de litigios para capacitar a los consumidores y convertirlos en el núcleo central del mercado único.

En el caso de las compras transfronterizas mediante comercio electrónico, los consumidores temen que sea difícil encontrar una solución en caso de problemas⁴¹⁴ y por ello, tienen reparos a la hora de comprar más allá de sus fronteras, y para remediar esta situación, la Comisión ha tomado la iniciativa de mejorar la reparación en el mercado interior aumentando la disponibilidad y la utilización de las entidades de resolución extrajudicial de litigios.

La RAL es una alternativa barata y rápida para los consumidores y las empresas que quieren resolver un litigio y la inmensa mayoría de los procedimientos de RAL son gratuitos o poco gravosos para los consumidores (menos de 50 €) y se deciden en un plazo de noventa días⁴¹⁵. Por ello, y dentro de la estrategia Europa 2020 para abordar el lento despegue del comercio electrónico en Europa, en la «Agenda Digital para Europa» se anunciaba que la Comisión tenía la intención de proponer «*un instrumento de recurso en línea en toda la UE para el comercio electrónico*» con la finalidad de infundir confianza en las compras en línea.

Por ello, la Comunicación sobre «Resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el Mercado Único» fue acompañada de dos propuestas legislativas sobre la RAL y la RLL⁴¹⁶ que abarca los litigios contractuales entre consumidores y comerciantes derivados de la venta de mercancías o la prestación de servicios que incluye las reclamaciones presentadas por los consumidores contra los comerciantes, pero también las presentadas por los comerciantes contra los consumidores, (con lo que por fin se habrá de introducir la bidireccionalidad del procedimiento), y lo hizo con dos iniciativas interconectadas: una Directiva sobre resolución alternativa de litigios (RAL) y

⁴¹⁴ Eurobarómetro 252, p. 55. El 71% de los consumidores considera que es más difícil resolver problemas cuando se compra en el extranjero.

⁴¹⁵ Eurobarómetro 342, el 39% de los consumidores que se enfrentaron a un problema no fueron a los tribunales porque las cantidades discutidas eran demasiado bajas o el procedimiento demasiado caro.

⁴¹⁶ Tanto el Parlamento Europeo como el Consejo sancionaron la actuación legislativa en las conclusiones del Consejo de Competencia de 30 de mayo de 2011.

un Reglamento sobre resolución de Litigios en Línea (RLL), que tienen por objeto garantizar que los sistemas RAL respeten los principios de calidad, imparcialidad, transparencia, efectividad y justicia, y el Reglamento sobre RLL para permitir a consumidores y comerciantes acceder directamente a una plataforma en línea que les ayudará a resolver litigios contractuales derivados de transacciones en línea transfronterizas, que será un sitio web interactivo que ofrecerá un punto único de entrada para tratar con rapidez las reclamaciones relacionadas con el comercio electrónico.

Fruto de todo ello, ha surgido la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CEE y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo⁴¹⁷ (Directiva anterior sobre RAL en materia de consumo), y que debe verse en el contexto de los esfuerzos para mejorar el funcionamiento del mercado minorista interior y, más en particular, para mejorar la reparación a los consumidores.

En 2010, el 20% de los consumidores encontró problemas con las mercancías adquiridas que ascendieron al 0,4% del PIB de la UE, por lo que además de tener recurso a los medios judiciales de reparación, en algunos Estados miembros, los consumidores y las empresas tienen la posibilidad de someter sus reclamaciones a entidades de resolución alternativa de litigios⁴¹⁸, que tienen por objeto resolver extrajudicialmente los litigios entre las partes mediante la intervención de una entidad RAL (arbitro, conciliador, mediador, defensor del consumidor, oficina de reclamaciones etc.)⁴¹⁹.

Alguna legislación sectorial específica de la UE contenía una cláusula sobre la RAL⁴²⁰ y la Directiva sobre la mediación⁴²¹ promueve la resolución amistosa de litigios, incluidos los litigios en materia de consumo.

⁴¹⁷ Diario Oficial de la Unión Europea L165 de 18-06-2013.

⁴¹⁸ Por ejemplo, el Reglamento (CE) nº 861/2007, por el que se establece un proceso europeo de pequeña cuantía, DO L 199 de 31.07.2007, p 1.

⁴¹⁹ La Compañía Squaretrade.com especializada en resolver disputas en ebay, a principios de 2005 había manejado más de 1.5 millones de disputas, y existían más de 115 servicios en Internet especializados (Conley Tyler, Bretherton y Firt Universidad de Melbourne), el 26% de los conflictos lo eran por comercio electrónico.

⁴²⁰ Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y la Directiva 2009/73/CE de la misma fecha sobre normas comunes del mercado interior del gas natural (DO L 211 de 14.8.2009, pp. 55 y 04); Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (CO L 133 de 22.5.2008, p. 66); Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1).

⁴²¹ DO L 136 de 24.5.2008, p. 3.

En enero de 2011 se inicio una consulta sobre la utilización de la RAL tras un estudio de 2009 sobre la utilización de la resolución alternativa de litigios en la Unión Europea⁴²², en que se ponía de relieve la necesidad de procedimientos de RAL de calidad disponibles en particular para los litigios derivados de transacciones transfronterizas y en el entorno digital, que deberían guiarse por los principios comunes de imparcialidad, transparencia, efectividad y equidad, y la mejora de los procedimientos de RLL, en particular para las transacciones de comercio electrónico, en las que cada vez hay más reclamaciones en casos de pequeño importe, por lo que en marzo de 2011 la Comisión organizó una cumbre sobre la «Resolución alternativa de litigios para el mercado interior y los consumidores».

A ello aportó una contribución complementaria una consulta empresarial a través de la plataforma de seguimiento de las PYME, que concluyó que solo una combinación de dos instrumentos en materia de RAL y de RLL puede garantizar un acceso a medios imparciales, transparentes, efectivos y justos para resolver extrajudicialmente litigios en materia de consumo nacionales y transfronterizos:

Una Directiva marco para asegurar la plena cobertura en todos los Estados miembros, informar a los consumidores y garantizar que las entidades respeten los principios de calidad específicos.

Con arreglo a ello, los Estados miembros garantizaran que todos los litigios entre un consumidor y un comerciante derivados de la venta de mercancías o la prestación de servicios pueda someterse a una entidad RAL, también a través de medios en línea, incluyendo -y esta es la gran novedad- las reclamaciones presentadas por los consumidores contra los comerciantes, pero también las presentadas por los comerciantes contra los consumidores, abarcando en particular los procedimientos de mediación y, los procedimientos extrajudiciales que tienen cierta naturaleza jurisdiccional, como los seguidos ante las oficinas de consumidores, el arbitraje, y los procedimientos de conciliación, excluyendo las negociaciones directas entre las partes.

La nueva normativa requiere que los litigios se resuelvan en un plazo de noventa días, y para que sean accesibles a los consumidores se prevé que deberían ser gratuitos o poco gravosos para estos.

El procedimiento respeta las tradiciones jurídicas existentes en los Estados miembros, y reforzará la confianza de los consumidores en el mercado interior minorista, incluido el ámbito del comercio electrónico, lo que abrirá nuevas oportunidades a las empresas, pues las normas comunes de los procedimientos RAL tendrá la clara ventaja de garantizar un tratamiento efectivo y adecuado de los litigios en materia de consumo derivadas de las transacciones nacionales o transfronterizas.

⁴²² *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union* de 16 de octubre de 2009.

La Directiva, es acompañada de un Reglamento sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (reglamento sobre RLL en materia de consumo), como parte del Programa de Protección de los Consumidores 2014-2020⁴²³, pues los consumidores son los protagonistas del Mercado Interior y, por lo tanto, deberían estar en el centro de todas las consideraciones, dado que la dimensión digital se está convirtiendo en algo esencial tanto para consumidores como para comerciantes, que utilizan cada vez mas Internet para hacer adquisiciones, y cada vez hay un número mayor de comerciantes que vende en línea, por lo que los consumidores y los comerciantes deben poder llevar a cabo las transacciones en un entorno digital de confianza y la posibilidad de recurrir a procedimientos de resolución de litigios sencillos, baratos puede impulsar la confianza en el mercado digital, para lo que en la actualidad se carece de mecanismos, lo que supone una barrera para las transacciones transfronterizas en línea y crea condiciones desiguales para los comerciantes, obstaculizando el desarrollo del comercio electrónico.

La definición de operaciones en línea de venta de mercancías o prestación de servicios debería incluir las transacciones en que el comerciante o su intermediario ofrece mercancías o servicios a través de un sitio web o mediante otros medios electrónicos y el consumidor encarga dichas mercancías o servicios del mismo modo, y los comerciantes pudieran informar en sus sitios web sobre la plataforma RLL proporcionando un enlace electrónico a su página inicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra t) de la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011 relativa a los derechos de los consumidores que establece que en los contratos celebrados a distancia o fuera de un establecimiento comercial permanente, el comerciante debe informar al consumidor sobre la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo, antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato.

En definitiva, el objetivo del Reglamento, es el de crear una plataforma de resolución de litigios transfronterizos en línea que se rijan por normas comunes, lo que no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros debido a la dimensión o a los efectos de la acción, y que por consiguiente puede lograrse mejor a nivel de la Unión, dado que esta puede adoptar dichas medidas, de conformidad con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea.

e) El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo.

El Consejo de Ministros del día 17 de abril de 2015, a propuesta del ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, aprobó el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo. Con él se incorpora a la legislación española una Directiva comunitaria 2013/117UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, que tiene por objeto

⁴²³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al programa de protección de los consumidores 2014-2020, SEC (2011) 1320 Y 1321 final.

garantizar a los consumidores el acceso a entidades de resolución extrajudicial de conflictos.

Con esta norma se facilita a los consumidores que los posibles problemas derivados de sus contratos con los empresarios puedan encontrar una solución. Los procedimientos de resolución, cuyo resultado podrá ser vinculante o no, serán, además de gratuitos o de escaso coste, transparentes, sencillos, rápidos y justos, además de garantizarse su imparcialidad.

La novedad de esta Ley es que se establecen mecanismos para dar a conocer a todos los ciudadanos la existencia de esta forma de resolución de conflictos de consumo. Los empresarios podrán exhibir su adhesión a estas entidades como un plus de calidad a su oferta de bienes y servicios, lo que determinará que los consumidores demanden a los empresarios que les ofrezcan esta posibilidad de solución antes de contratar con ellos.

La Ley facilitará el acceso a este tipo de procedimientos que se configura de forma general como voluntario para empresarios y consumidores, excepto que una norma sectorial establezca su obligatoriedad para los empresarios.

Los conflictos a los que se refiere este Anteproyecto son todos aquellos de carácter nacional o transfronterizo surgidos entre un consumidor y un empresario, con ocasión o como consecuencia de un contrato de compraventa o de servicios celebrado de forma presencial, electrónica, telefónica...

1. Procedimientos excluidos

Se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley los servicios no económicos de interés general, las reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud y las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza. También quedan excluidos los conflictos entre empresarios, la negociación directa entre el consumidor y el empresario y los procedimientos iniciados o gestionados por los empresarios.

Como novedad, y con el fin de asegurar la eficacia de los procedimientos, la norma establece un plazo máximo de resolución de noventa días naturales desde la presentación de la reclamación. En cuanto al coste para el consumidor por la gestión del procedimiento, se fija como máximo en treinta euros, no obstante, seguirán existiendo procedimientos gratuitos.

2. Entidades

Las entidades de resolución de conflictos podrán ser de naturaleza pública o privada, debiendo garantizar su independencia e imparcialidad. Con el fin de proteger a los consumidores, sólo aquellas entidades o instituciones que hayan sido constituidas por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico podrán gestionar procedimientos que finalicen con una decisión vinculante para el consumidor. Es el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo o las Juntas Arbitrales de Transporte adscritas a las correspondientes consejerías de las Comunidades Autónomas.

El Anteproyecto establece también un procedimiento de evaluación y acreditación de las entidades que resuelvan los conflictos, que permitirá a estas

entidades ser incluidas en un listado único de la Comisión Europea en el que serán incluidas todas las entidades notificadas por los diferentes Estados miembros de la Unión.

3. Los motivos de la propuesta

La Comisión Europea, en su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada «Acta del Mercado Único (Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza)», identificó la legislación sobre resolución alternativa de conflictos, incluidos los derivados del comercio electrónico, como una de las doce prioridades para estimular el crecimiento, reforzar la confianza y avanzar en la realización del Mercado Único.

Además, el incremento del comercio y la circulación de personas con carácter transfronterizo, determina imprescindible el ofrecimiento a los ciudadanos de un sistema de recurso sencillo, asequible, rápido y accesible. Los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo deben cumplir unos requisitos de calidad armonizados y coherentes en toda la Unión Europea, y los consumidores y empresarios deben conocer la existencia de dichos procedimientos.

Con el fin de alcanzar estas finalidades, se aprobó la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, y el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, ambos instrumentos interrelacionados y complementarios.

La mencionada directiva persigue garantizar que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los empresarios ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de conflictos que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. Por su parte, el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, establece la creación por parte de la Comisión Europea de una plataforma de resolución de conflictos en línea que ofrece a los consumidores y a los empresarios una ventanilla única para la resolución extrajudicial de conflictos en línea mediante entidades de resolución alternativa que están vinculadas a esa plataforma y que ofrecen la resolución alternativa a través de procedimientos de calidad. Contar con entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo de calidad en los Estados miembros de la Unión Europea constituye, pues, un requisito previo para el correcto funcionamiento de dicha plataforma.

La mencionada directiva ha de ser transpuesta al Derecho español, y es por eso que se aprueba el anteproyecto de ley. Igualmente, la regulación de entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo se configura como un requisito previo para el correcto funcionamiento de la plataforma de resolución de litigios en línea desarrollada por la Comisión Europea y recogida en el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. En definitiva, se pretende así

cumplir con el derecho comunitario.

El anteproyecto propuesto afecta a los comerciantes establecidos en la Unión Europea y a los consumidores residentes en la Unión Europea que hayan suscrito contratos de compraventa o de prestación de servicios a raíz de los cuales hayan surgido litigios nacionales o transfronterizos.

Igualmente, esta norma fija los requisitos a los que deben adaptarse las entidades para la resolución alternativa de los conflictos de consumo sus procedimientos y las personas que intervienen en dichos procedimientos como decisoras, que quieran ser incluidas en el listado de la Comisión Europea.

La finalidad principal del anteproyecto propuesto es proteger los derechos de los consumidores, mejorando la calidad de las entidades para la resolución alternativa de los conflictos de consumo, sus procedimientos y las personas decisoras que en ellos intervienen, siempre que hayan sido incluidas en la lista de la Comisión Europea a la que se refiere la propia directiva y el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013.

El objetivo de este anteproyecto de ley queda definido en su artículo 1 y es garantizar a los consumidores la posibilidad de presentar reclamaciones de consumo ante las entidades de resolución alternativa de conflictos, incluidas en la lista consolidada publicada por la Comisión Europea a la que se refiere esta norma. Estas entidades asegurarán procedimientos de calidad, y en todo caso, independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos, con un coste gratuito o simbólico para el consumidor.

Junto con este objetivo principal, se añade otro de forma indirecta recogido en el Artículo 2.2 del anteproyecto, referido a que la regulación de entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo que aquí se recoge se configura como un requisito previo para el correcto funcionamiento de la plataforma de resolución de litigios en línea desarrollada por la Comisión Europea y recogida en el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013.

4. Contenido

El anteproyecto normativo que se tramita garantiza a los consumidores que lo deseen, el acceso a entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo que, acreditando unos requisitos de calidad armonizados, den cobertura a todo tipo de conflictos de consumo, sin distinción entre los sectores económicos a los que correspondan, de las causas que los originen o la cuantía económica de la pretensión, para resolver sus conflictos con los empresarios derivados de las obligaciones surgidas de contratos de compraventa o de prestación de servicios.

En España ya se constituyó en el año 1993 el Sistema Arbitral de Consumo, integrado por las diferentes Juntas Arbitrales de Consumo, de diferente ámbito territorial, de tal manera que el Estado no tendrá que crear entidad alguna para garantizar la existencia de algún mecanismo alternativo de resolución de conflictos de consumo en nuestro país. Y todo ello sin perjuicio de otros

mecanismos alternativos de resolución de conflictos de consumo existentes en España.

Todas aquellas entidades que cumplan los requisitos exigidos en esta ley podrán solicitar su acreditación a la autoridad española competente para que, una vez concedida dicha acreditación de acuerdo con el procedimiento de naturaleza administrativa aquí establecido, ésta la comunique a la Unión Europea para su inclusión en el nuevo listado consolidado que publicará la Comisión Europea y en el que se integrarán todas las entidades de resolución alternativa notificadas por los diferentes Estados miembros.

Las Juntas Arbitrales de Consumo, mencionadas, fueron ya notificadas a la Comisión Europea en el año 2000 por el Estado español, una vez evaluado el cumplimiento de los requisitos recogidos en la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, tras la invitación efectuada por Resolución del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo, con el fin de ser incluidas en la Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo (Red EJE). No obstante, estas entidades tendrán que ser acreditadas y notificadas de nuevo a los efectos de la directiva que ahora se transpone, igual que si se tratara de entidades que nunca solicitaron ser notificadas.

Por todo ello, junto con una serie de disposiciones generales iniciales, se regulan los requisitos mínimos de calidad a la que han de ajustarse las entidades, los procedimientos y las personas que deciden el conflicto. Asimismo se regula el procedimiento de acreditación de las entidades y su posterior notificación a la Comisión Europea para su inclusión en el listado de entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo a nivel comunitario.

El anteproyecto se compone de una exposición de motivos, 39 artículos repartidos en seis títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

El Capítulo abarca los artículos 6 a 12, se regulan los principios y requisitos a los que han de ajustarse los procedimientos de resolución alternativa de conflictos, señalando, en primer lugar, que estos procesos pueden tener para las partes un resultado vinculante o no (artículo 6). En el supuesto de tratarse de procedimientos que tengan un resultado vinculante para el consumidor y determinen la privación de su derecho a recurrir ante los órganos judiciales, se establecen dos principios específicos: el principio de libertad (artículo 7) y el de legalidad (artículo 8). En base al primero, se declara el carácter no vinculante para el consumidor de los acuerdos de sometimiento previos al surgimiento del conflicto. Este principio ya había sido incorporado en el apartado 4 del artículo 57 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en la modificación efectuada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ampliando al Sistema Arbitral de Consumo la no validez del compromiso arbitral del consumidor, previo a la

disputa, que hasta entonces se consideraba válido y vinculante. El segundo principio aplicable a este tipo de procedimientos, es el principio de legalidad, por el cual se determina la aplicación en la decisión del conflicto del derecho imperativo del Estado miembro donde tenga su residencia el consumidor, exista o no, conflicto de Leyes.

En este capítulo, se establecen asimismo previsiones sobre la eficacia de este tipo de procedimientos (artículo 9), los derechos que ostentan las partes en los mismos (artículo 10), los costes de éstos para los consumidores (artículo 11), que en caso de no ser gratuitos no podrán superar el importe de treinta euros, y la igualdad y contradicción entre las partes (artículo 12).

Capítulo II. Disposiciones generales sobre los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. En el presente capítulo, que comprende los artículos 13 a 16, se recogen una serie de principios generales que han de inspirar todos los procedimientos, con independencia de su resultado, vinculante o no (artículos 13 y 14), y se enuncian, con carácter exhaustivo, los motivos por los que una entidad puede negarse a admitir una reclamación (artículo 15). Igualmente en este Capítulo II, se fija el plazo máximo para resolver el conflicto y el contenido de la decisión (artículo 16). Así, las partes deberán conocer la decisión adoptada en un plazo máximo de noventa días naturales desde la fecha en que la entidad haya recibido el expediente completo de la reclamación. Este plazo podrá ser prorrogado por un periodo máximo idéntico al establecido, cuando se trate de un conflicto en el que concurra especial complejidad.

Título III. Las entidades de resolución alternativa de conflictos. Este Título, que abarca los artículos 17 a 21, contiene, en primer lugar, una delimitación conceptual de las entidades de resolución alternativa de conflictos y los requisitos que deben cumplir estas entidades, de naturaleza pública o privada, que gestionan los procedimientos de resolución (artículo 17). Estas entidades, deberán disponer de un estatuto o reglamento propio en el que se desarrolle con detalle los procedimientos que lleven a cabo y amplia información relativa a su organización, estructura y financiación (artículo 18).

En cuanto a las obligaciones previstas que estas entidades deben cumplir (artículos 19 y 20), se encuentran las de información, a las que se debe dar publicidad. Éstas tienen como finalidad dotar a las entidades de mayor transparencia en cuanto a su organización, actividad y desarrollo de los procedimientos.

Finalmente, en este Título se prevé que para asegurar la calidad de los procedimientos, se atribuye a las entidades de resolución la responsabilidad en la formación inicial y continua de las personas encargadas de la resolución de los conflictos (artículo 21).

Título IV. Estatuto de las personas encargadas de la decisión del conflicto, que comprende los artículos 22 a 26, contempla el estatuto mínimo de las personas naturales que intervienen como decisoras del conflicto. Así, se definen las condiciones para actuar como decisor (artículo 22) y se establecen los principios de independencia e imparcialidad que han de atender en todo momento las personas decisoras (artículo 23). En garantía de la imprescindible

independencia e imparcialidad de éstas, cuando exista cualquier circunstancia que pueda originar un conflicto de intereses con las partes, se establece la obligación de su abstención y posterior sustitución en el procedimiento (artículo 24).

Además, se establecen diversos requisitos adicionales para que en determinados supuestos se garantice, de manera efectiva, la independencia de las personas decisorias (artículos 25 y 26).

Título V. Procedimiento para la acreditación, notificación e inclusión de las entidades en el listado de la Comisión Europea, que abarca los artículos 27 a 34, se regula el procedimiento para la acreditación, notificación e inclusión de las entidades en el listado único de la Comisión Europea en el que figuran las entidades notificadas por los diferentes Estados miembros.

Así, se establece cuáles serán las autoridades competentes para la acreditación de entidades y su inclusión en el listado único de la Comisión Europea (artículo 27) y el procedimiento de acreditación de las entidades, que tendrá carácter administrativo (artículo 28). El procedimiento de acreditación deberá ser resuelto en el plazo máximo de seis meses y en el caso de no existir resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud de acreditación y notificación (artículo 29). Una vez reconocida la acreditación por la autoridad competente, la entidad será incluida en el listado nacional de entidades acreditadas (artículo 30).

Posteriormente, este Título contempla la notificación e inclusión en el listado de la Comisión Europea, que correrá a cargo de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, autoridad competente y punto de contacto único con la Comisión Europea (artículo 31); la actualización de los datos de las entidades notificadas a la Comisión Europea (artículo 32); la baja en el listado de entidades de la Comisión (artículo 33); y la obligación de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición de hacer público y transmitir a la Comisión Europea antes del 9 de julio de 2018 y posteriormente cada cuatro años, un informe sobre el desarrollo y el funcionamiento de las entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo incluidas en el listado consolidado (artículo 34).

Título VI. Información y cooperación, que comprende los artículos 35 a 39, se establece la información sobre resolución alternativa de conflictos de consumo que vienen obligados a prestar los empresarios. Esta obligación afectará, sin excepción alguna, a todos aquellos empresarios que celebren contratos de compraventa o de servicios con consumidores, sin perjuicio de que una norma de transposición del derecho comunitario pueda ampliar el contenido de dicha obligación (artículo 35). El incumplimiento de la obligación de información conllevará sanciones para los empresarios (artículo 36).

Se regula en este Título, igualmente, la información que sobre las entidades notificadas e incluidas en el listado consolidado deben proporcionar el Centro Europeo del Consumidor y las Administraciones Públicas (artículo 37), la asistencia jurídica a los consumidores en caso de conflictos transfronterizos (artículo 38) y la cooperación entre las entidades y las instituciones públicas ya señaladas (artículo 39).

Las cuatro Disposiciones Adicionales contienen, respectivamente, la relación de esta Ley con otras normas jurídicas, la necesaria adaptación del Sistema Arbitral de Consumo a lo previsto la presente Ley, una alusión a que esta norma no conlleva incremento de gasto público, y algunas medidas específicas para las entidades de resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la actividad financiera, entre ellas, la referencia a la previsión de una iniciativa legislativa del Gobierno para la regulación del sistema institucional de protección del cliente financiero.

La Disposición derogatoria única deja sin efecto el apartado 4 del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, referido a la obligación de información de los empresarios adheridos a un sistema extrajudicial de conflictos que aparece recogida en el artículo 13.1 y 2 de la Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y que ha sido incorporada en el artículo 35.1 y 2 de esta Ley.

Las seis Disposiciones Finales contemplan, respectivamente, el título competencial, la habilitación para el desarrollo reglamentario de esta Ley, la incorporación del derecho de la Unión Europea (Directiva 2013/11/UE) al Derecho español que se lleva a cabo mediante la presente Ley; la modificación del apartado 3 del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (se suprime la referencia a la obligación de información atribuida a los empresarios no adheridos a entidades de resolución alternativa de conflictos, referencia que se incorpora al artículo 35. 3 de esta Ley); la reforma del apartado 1 del artículo 49 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo para así adaptar este procedimiento a lo previsto en la presente Ley, en cuanto al plazo máximo de resolución del conflicto, con el objetivo de que las Juntas Arbitrales de Consumo puedan ser notificadas a la Comisión Europea, en la fecha prevista en la Directiva 2013/11/UE que se transpone, garantizando así el objeto de ésta), y la entrada en vigor de la presente Ley.

5. Plazo de transposición

Este anteproyecto de ley se redacta principalmente, como ya se ha señalado, con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Reino de España en virtud del derecho de la Unión Europea, en concreto la transposición de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

Respecto al plazo de transposición, ha de considerarse lo previsto por el artículo 25 de la mencionada directiva, que recoge el compromiso de los Estados miembros de cumplir el plazo de 9 de julio de 2015 para la transposición.

La presente ley se aplica a los conflictos de consumo, tanto nacionales como

transfronterizos, surgidos entre consumidores y empresarios como consecuencia de las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa o de prestación de servicios, formalizados presencialmente, a través de Internet o por otros medios válidos.

Esta ley está destinada a aplicarse de manera horizontal a todo tipo de conflictos de consumo a excepción de los excluidos expresamente de su ámbito de aplicación.

En definitiva, se estima que, teniendo en cuenta la normativa de la Unión Europea y la tradición jurídica española (especialmente las competencias exclusivas del estado en esta materia), el rango formal apropiado para la regulación de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia de consumo, es el de ley, sin perjuicio de que pueda completarse mediante una norma de rango reglamentario.

6. Dictámen del Consejo Económico y Social de España

El Consejo Económico y Social emitió dictámen en su Sesión extraordinaria del Pleno de 13 de mayo de 201, en que en breve recapitulación señala al respecto que en España, cabe recordar que el artículo 51 de la Constitución establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Este principio rector de la política social y económica tuvo un primer desarrollo primordial a través de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, que desarrolló el cuadro fundamental de los derechos y obligaciones que configuran su defensa.

Desde la aprobación de dicha norma hasta la actualidad ha tenido lugar un intenso proceso de expansión de las normas protectoras de los derechos de los consumidores y usuarios en España, conformando un avanzado entramado normativo, que en varias ocasiones ha sido impulsado por la necesaria incorporación de diversas directivas comunitarias que afectaban directamente a los derechos de los consumidores y usuarios, dando lugar en varias ocasiones a la modificación de la Ley 26/1984⁴²⁴.

⁴²⁴ Sin ánimo de exhaustividad, valga recordar, en este sentido, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, que abordó la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores; y el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de productos, que traspuso la Directiva 2001/1995/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de productos. Por su parte, la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo, realizó ya una primera habilitación al Gobierno para que, en el plazo de tres años, procediera a refundir en un único texto la ley de Defensa de los Consumidores y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en la materia, tarea que finalmente se llevó a cabo tras una nueva habilitación contenida en la Ley 44/2006, General de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios. Dicha refundición se llevó a cabo finalmente con 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. Se trataba en este último caso de una serie de normas directamente relacionadas con la protección de los consumidores y usuarios, resultado de la transposición de diversas Directivas comunitarias, como la Ley

En el concreto ámbito de la resolución de conflictos de consumo, cabe señalar que la citada Ley 26/1984, en su artículo 31, dispuso que el Gobierno estableciera un Sistema Arbitral de Consumo. Pocos años después, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje llevó a cabo una reforma en profundidad del arbitraje para que esta institución resultara apta no sólo para resolver los litigios planteados en el marco de complejas relaciones mercantiles o de aisladas relaciones jurídico-civiles, sino también para eliminar conflictos como los que se producen en el tráfico jurídico en masa, mediante la autonomía de la voluntad de las partes. Se abrió paso así a la creación de instancias arbitrales en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios –junto a otros ámbitos, como los seguros, la propiedad intelectual o la ordenación del transporte terrestre -a los que la Ley de arbitraje serviría de norma complementaria, especialmente desde el punto de vista procesal.

Posteriormente, en 1993, el sistema arbitral de consumo se formalizó legalmente mediante el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que lo configuró como un sistema gratuito basado en la participación de consumidores, productores y administración competente; de sometimiento voluntario y carácter vinculante y ejecutivo para las partes. Más adelante la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que abordó una nueva reforma en profundidad de la institución, establece explícitamente en su Disposición adicional única su aplicación supletoria al arbitraje de consumo, estableciendo que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

Más adelante, la Ley 44/2006, General de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, en su Disposición final sexta, previó que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la misma el Gobierno dictaría una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo, regulando también el arbitraje virtual. En cumplimiento de dicha disposición, se dictó el vigente Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el sistema arbitral de consumo y deroga el anterior Real Decreto 636/1993, por el que se formalizó legalmente años atrás el Sistema Arbitral de Consumo, conforme a lo previsto en los artículos 57 y 58 de la LGDCU, que recogen el régimen jurídico general del arbitraje de consumo. Este real decreto mantuvo las características esenciales del arbitraje de consumo, introduciendo las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas o profesionales y consumidores o usuarios, asegurando el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos que, como tal, es de carácter voluntario.

Con este objetivo, el Real Decreto daba respuesta a cuestiones que, ante la falta de regulación expresa, habían sido objeto de controversias en las Juntas Arbitrales de Consumo, llevando a pronunciamientos dispares. Se aclaraban, así, cuestiones tales como las materias que pueden ser objeto de arbitraje de

26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; o la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

consumo, la regulación aplicable a la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo y a los órganos a los que se encomienda la resolución del conflicto, la admisibilidad de la reconvencción en el arbitraje de consumo y el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos, por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia.

El Real Decreto 231/2008 fue posteriormente modificado, de manera muy limitada, por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, como consecuencia de los requerimientos de incompetencia planteados al Gobierno de la Nación por parte de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Valencia, en relación con su artículo 51.2, relativo al arbitraje de consumo electrónico.

Por su parte, las Comunidades Autónomas cuentan con sus propias leyes de defensa de los consumidores y usuarios y algunas de ellas, en sus Estatutos de Autonomía, se refieren a los sistemas alternativos de resolución de conflictos de consumo.

El procedimiento arbitral se complementa con la labor de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMICs). Su finalidad es informar, orientar y educar a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos. Concretamente, éstas atienden y tramitan las quejas, reclamaciones y denuncias de los consumidores realizando las mediaciones o conciliaciones oportunas para la resolución de los conflictos. Al mismo tiempo, las OMICs ostentan una labor de promoción e información sobre el Sistema Arbitral de Consumo.

Valga señalar que a lo largo de las últimas décadas, el impulso a la resolución extrajudicial de conflictos de consumo ha venido impulsada, en buena medida, desde las instituciones comunitarias. Recuérdese que la particular adecuación de este tipo de procedimientos (arbitrales) a los litigios en materia de consumo fue reconocida ya por la Comisión Europea en su “Libro Verde- Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único” en noviembre de 1993.

En los últimos quince años, las instituciones comunitarias han llevado a cabo diversas actuaciones dirigidas a fomentar y perfeccionar los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos de consumo, tales como la adopción de las recomendaciones (de la Comisión Europea) 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (que proponen o imponen una solución) y 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; y la publicación de la Resolución (del Consejo Europeo) de 25 de mayo de 2000 relativa a la creación de una red comunitaria de órganos de solución. No obstante, dichas actuaciones resultaron insuficientes para garantizar el acceso de los consumidores a este tipo de procedimientos en todas las áreas geográficas y sectoriales de la Unión Europea y quince años después los consumidores y empresarios continuaban sin conocer las vías de recurso extrajudicial, lo que viene a constituir un

obstáculo para el mercado interior.

Ante esta situación, la Comisión Europea, en su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada «Acta del Mercado Único (Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza)», identificó como obstáculo para la consecución del fin perseguido, la legislación sobre resolución alternativa de conflictos, incluidos los derivados del comercio electrónico, motivo por el cual fijó como una de las doce prioridades el desarrollo de esta legislación para tratar así de estimular el crecimiento, reforzar la confianza y avanzar en la realización del Mercado Único.

En aras de contribuir a alcanzar la citada finalidad y mantener un elevado nivel de protección del consumidor, se aprobó la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE; y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, ambos instrumentos interrelacionados y complementarios. La Directiva 2013/11/UE viene a obligar a los Estados miembros a garantizar a los consumidores la posibilidad de que sus reclamaciones sean resueltas por entidades que ofrezcan procedimientos de resolución de litigios que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. Por su parte, el Reglamento prevé la creación de una plataforma europea que facilite la resolución extrajudicial de litigios de consumo derivados de la contratación en línea, constituyendo una suerte de «ventanilla única» para los consumidores y usuarios.

Los conflictos a los que se refiere esta Ley, son aquellos de carácter nacional o transfronterizo, surgidos entre un consumidor y un empresario con ocasión o como consecuencia de un contrato de compraventa o de servicios, celebrado o no a través de internet, con independencia del sector económico al que correspondan, excluyéndose de su ámbito de aplicación los servicios no económicos de interés general, las reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud y las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza. Del mismo modo quedan fuera de su ámbito de aplicación: los conflictos entre empresarios, la negociación directa entre el consumidor y el empresario, los procedimientos iniciados o gestionados por los empresarios, así como los intentos de un juez para resolver un litigio en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho litigio.

7. Exámen crítico

Dado el volumen y la complejidad alcanzada por los procesos de consumo en un entorno cada vez más globalizado, con una diversidad cada vez mayor de medios de pago y lugares de compra, entre los que el comercio electrónico se va afianzando como una forma habitual de efectuar las transacciones, el acceso de los consumidores a la justicia constituye un reto de importantes dimensiones para las administraciones públicas. Si bien el marco jurídico de la protección del consumidor ha evolucionado positivamente en las últimas décadas, sigue siendo necesario un ejercicio de constante mejora y adaptación

a las nuevas circunstancias para hacer efectiva la protección de los derechos reconocidos a los consumidores «mediante procedimientos eficaces», tal y como preconiza el art. 51 CE. La peculiaridad de los conflictos que se plantean entre consumidores/usuarios y productores/proveedores de bienes y servicios, tanto por su frecuencia como por la exigua cuantía de muchas de las transacciones, demanda la articulación y perfeccionamiento de sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos que, sobre la base del sometimiento voluntario de las partes, proporcionen una respuesta rápida y adecuada a las características de este tipo de controversias, aminorando al mismo tiempo la litigiosidad en el ámbito judicial.

La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que aborda el Anteproyecto, entendiendo que puede contribuir efectivamente a facilitar el acceso de los consumidores a este tipo de entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo, especialmente en un ámbito que, como el de las transacciones virtuales y transfronterizas, requiere incrementar las garantías para la mejora de la confianza de los consumidores que revierta en mayores niveles de competencia.

No obstante, en algunos aspectos, la transposición puede dar lugar a inseguridad jurídica.

Precisamente por la importancia que reviste la puesta en marcha de mecanismos más efectivos para la resolución de conflictos de consumo, resulta especialmente necesaria la claridad a la hora de delimitar el objeto, el ámbito y los destinatarios de la norma, como aspectos sustanciales de la misma.

A este respecto, cabe señalar que el Anteproyecto contempla la misma definición de consumidores y usuarios que la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, si bien hay que tener en cuenta que distintas normas sectoriales, en adaptación a su realidad, recogen conceptos no exactamente coincidentes con la misma. En aras de la necesaria seguridad jurídica, sería deseable un mayor nivel de aproximación entre las distintas definiciones de consumidores y usuarios.

En el caso de los servicios financieros, la Directiva que se transpone, al igual que el Anteproyecto, les resulta de aplicación general, incluyendo su contratación a distancia. Así, el Consejo Económico y Social estima que el Anteproyecto plantea dudas sobre el encaje de estos servicios en su ámbito de aplicación, y sobre su necesaria coherencia con la normativa comunitaria y estatal específica del sector, generando inseguridad jurídica al remitir su regulación a una futura norma y al mismo tiempo establecer que el sector debe acomodarse transitoriamente a las previsiones del Anteproyecto en tanto se apruebe aquella, pues es importante garantizar la igualdad en el acceso de los consumidores y usuarios a este tipo de procedimientos, así como la homogeneidad de sus requisitos mínimos de acceso y calidad, que es necesario potenciar, independientemente del territorio de residencia o del lugar de la transacción. Desde este punto de vista, el Anteproyecto suscita algunas dudas en lo que se refiere a su ámbito de aplicación. Así, el texto prevé su aplicación a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos de

consumo, tanto nacionales como transfronterizos (art.2), incluyendo una definición expresa de estos últimos (art.3) si bien elude recoger una definición de los primeros, como sí contempla la Directiva que se transpone en su artículo 4.1.e).

En diversas partes del articulado, como en el art.8.1, se contienen previsiones para cuando el conflicto tenga «carácter nacional». Por ello, el Anteproyecto debería incorporar también la definición de conflictos nacionales, junto a la de conflictos transfronterizos, adaptando en lo posible las previsiones de la Directiva a los principios generales del ordenamiento jurídico civil y mercantil español en cuanto al lugar de los contratos.

En este caso, aun cuando el tipo de conflictos que puedan ser objeto de controversia no siempre hayan de derivarse de transacciones electrónicas, el Anteproyecto, siguiendo la literalidad de la Directiva, establece como circunstancia determinante del carácter transfronterizo o no del conflicto el del lugar de residencia. No es la primera vez que este criterio se introduce en nuestro ordenamiento, pues ya lo establece la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (art.29), según la cual los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. No obstante, esta previsión del Anteproyecto implicaría la extensión de esta regla también a los conflictos derivados de contratos no suscritos en línea, apartándose de la tradicional regla general de que el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta, en virtud del artículo 1.262.II in fine del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio, tras la redacción dada a este último por la citada Ley 34/2002.

Comoquiera que de la memoria explicativa no se desprende claramente que sea esa la intención del legislador, para dotar de mayor certidumbre a este precepto debería aclararse en la redacción del Anteproyecto la opción pretendida en lo que se refiere a la definición de los conflictos de carácter nacional.

Por otro lado, si bien la defensa del consumidor en sentido amplio es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional el establecimiento de un sistema arbitral de consumo resulta ser materia incuestionablemente atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1 6 y 8 CE). Las diversas administraciones públicas vienen acordando de manera generalizada, mediante los correspondientes convenios específicos, la creación de instituciones arbitrales en materia de consumo, así como su promoción y apoyo. Al margen del contenido de la disposición final primera en cuanto al título competencial del que dimana la norma, llama la atención a este respecto, la ausencia en el Anteproyecto de previsiones sobre la articulación de la necesaria cooperación de las Administraciones implicadas en este ámbito, que hasta ahora se viene llevando a cabo a través de órganos colegiados como la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo o el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, con competencias para establecer criterios homogéneos en distintos ámbitos de la actividad del Sistema Arbitral de Consumo.

La Directiva que se transpone establece, en su artículo 8. c), que los Estados

miembros velarán porque los procedimientos de resolución alternativa sean eficaces y cumplan, entre una serie de requisitos, que el procedimiento sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores. En contra de la tradición de gratuidad del acceso a estos procedimientos predominante en nuestro país, el Anteproyecto introduce la posibilidad de que se establezca una cuantía máxima de 30 euros como coste simbólico para los consumidores, por ello se considera que debería mantenerse como prioritaria la gratuidad para ambas partes que, en cualquier caso deberían tener el mismo tratamiento a estos efectos. Habida cuenta del carácter disuasorio que, especialmente en controversias de pequeña cuantía, pueda tener el establecimiento de un coste, resulta cuestionable.

El artículo 15, en su apartado primero letra e), contempla como motivo por el cual las entidades podrán negarse a tratar un conflicto el hecho de que el valor de la pretensión sea inferior a 50 €uros o superior a 3.000 €uros, sin embargo el establecimiento de dicha horquilla respecto del valor de las pretensiones no está debidamente justificado, pudiendo resultar ésta algo discrecional o aleatoria, lo que no resulta acertado, debiendo ajustarse el texto del Anteproyecto a lo que viene siendo la realidad de las reclamaciones de consumo en nuestro país. Así hay que tener en cuenta, por un lado, que un importante volumen de las reclamaciones de los consumidores es de reducida cuantía, por lo que la fijación de ese umbral mínimo limitaría notablemente las posibilidades reales de acceso a estos procedimientos. Por otro lado, del tenor literal del artículo 5.4 de la Directiva se infiere que la fijación de un umbral mínimo de valor de la pretensión es una potestad que se ofrece a los Estados.

Unido a lo anterior, el límite máximo de la pretensión fijado (3.000 euros) se encuentra muy por debajo del vigente en estos momentos en la regulación del sistema arbitral de consumo. Cabe recordar, a este respecto, que la Directiva establece que la fijación de límites no deberá ir en menoscabo del acceso de los consumidores a sus procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

Respecto al artículo 15.3, que establece las causas de posible inadmisión de la reclamación, por lo que el carácter potestativo de la inadmisión en los supuestos a que se refiere (intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito) puede introducir un factor de incertidumbre para las partes del conflicto, por lo que debería buscarse una redacción que proporcionara más certeza en estos supuestos.

Finalmente en el seno del Consejo Económico y social se produjo un voto particular a la aprobación del Anteproyecto, al opinar algunos de sus miembros que la Directiva 2013/11/UE objeto de transposición, en su artículo 2.2 no excluye de su aplicación a los servicios financieros. Esta exclusión sí se aplica a otros sectores como los servicios no económicos de interés general, a determinados servicios relacionados con la salud o los servicios de enseñanza pública. Efectivamente, así lo entiende el Anteproyecto que se presenta a dictamen que en su art. 2.3, básicamente viene a transcribir los sectores excluidos en la Directiva.

Además en el art. 27.2 establece que en el ámbito del sector financiero, las autoridades competentes para la acreditación y notificación de una entidad de

Resolución Alternativa de Conflictos serán el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros. Por lo tanto, entienden que el sector financiero entra dentro del ámbito de este Anteproyecto.

La Disposición Adicional Cuarta establece que para el Sector Financiero sólo será acreditada una única entidad «que habrá de ser constituida por Ley». Sin embargo, anuncia que el Gobierno remitirá a las Cortes en el plazo de diez meses desde la entrada en vigor de este Anteproyecto, un proyecto de Ley que regule la organización y las funciones de esta entidad de resolución de conflictos en el ámbito financiero, por lo que se presenta la enmienda al entender que esta remisión a una futura e incierta legislación no está justificada. Así, con la actual redacción de la Disposición Adicional Cuarta, se dejaría sin efecto la aplicación de esta norma en el sector financiero, quedando de hecho excluido, por lo que sería deseable establecer la regulación de las Entidades de Resolución de Conflictos en el ámbito de los servicios financieros dentro de esta Ley, no debiendo remitirse esos aspectos a la futura regulación a que se refiere el Anteproyecto (Disposición Adicional Cuarta). Así, en este desarrollo deberían contemplarse, en su caso, las especificaciones de estos servicios, teniendo en cuenta la competencia estatal exclusiva al respecto.

III. DESARROLLO NORMATIVO DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CANTABRIA

La Comunidad Autónoma de Cantabria, en virtud de lo establecido en el art. 25.3 y 6 de su Estatuto de Autonomía aprobada por Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, modificada por L.O. 11/1998, de 30 de diciembre, asumió dentro del marco de la legislación básica del Estado las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, así como de «*defensa de los consumidores y usuarios*», con respeto en todo caso, a las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, a los principios constitucionales de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y de la libre circulación de bienes por todo el territorio nacional.

También ha de tenerse en cuenta el art. 23.13 del Estatuto de Autonomía en materia de comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, libre circulación de bienes y de la legislación sobre defensa de la competencia, por lo que en uso de su competencia se aprobó la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, fiel remedo de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, si bien ampliando la regulación de la venta ambulante (arts. 52 a 57), e introduciendo dos nuevas categorías de ventas especiales: la venta ocasional (art. 65) y la venta domiciliaria (arts. 66 a 68)⁴²⁵.

⁴²⁵ En la Comunidad Autónoma de Cantabria las disposiciones legales por orden cronológico han sido: Decreto 121/1996, de 29 de noviembre, para la ejecución de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria; Decreto 60/2004, de 17 de junio de 2004, de desarrollo de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria; Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los

En ejercicio de las competencias en materia de consumo, se aprobó la Ley 6/1998, de 15 de mayo, del Estatuto del Consumidor y Usuario en Cantabria, cuya primigenia intención se centró en *«conseguir un elevado grado de defensa de los consumidores, desarrollando una función esencialmente preventiva más que reparativa en lo que se refiere a las cuestiones de salud y seguridad, extendiendo la protección de los intereses económicos a aspectos no previstos en la regulación estatal [...] arbitrando fórmulas de participación y colaboración con todos los agentes sociales, principalmente con las asociaciones de consumidores y usuarios»*.

Defensa, prevención, participación y coordinación serían, las notas definitorias del texto, que no introduce especiales novedades en relación con la LGDCU, cuya aplicación es supletoria. Especial atención merece el capítulo IV (arts. 19 a 22) dedicado al derecho a la protección jurídica, que se hace pivotar en torno a dos vías: la inspección de consumo y el Arbitraje de Consumo.

Este viene recogido en el art. 20 de la Ley cuyo impulso se encomienda al Gobierno de la Comunidad Autónoma, limitándose únicamente a establecer la composición de los órganos de arbitraje, que habrán de estar integrados por representantes de los sectores interesados, y a dirigir a las administraciones públicas el mandato de propiciar la adhesión al sistema de los empresarios que presten distintos servicios en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Se dejó en manos de la Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de su Dirección General de Consumo, creada por el propio Estatuto, la aplicación práctica de todo lo dispuesto por la normativa en materia de consumo y, por tanto, de la disciplina en materia de arbitraje de consumo.

En el desempeño de tal cometido, la Consejería (tal y como estableció el art. 3.2 del R. D. 636/1993, según el cual las Juntas Arbitrales se establecerían por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto nacional de Consumo con las correspondientes Administraciones Públicas), firmó el 30 de diciembre de 1996 un importante acuerdo con el INC por el que se procedía a la creación de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria, que a partir de ese momento estaría incardinada en la Sección de Ordenación y Arbitraje del Servicio de Consumo, dependiente de la Dirección General de Consumo.

Se ponía así en marcha -desde un punto de vista teórico, ya que la Junta no comenzó a funcionar hasta bien avanzado el año 1998- el arbitraje de consumo en Cantabria como mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos de carácter patrimonial.

El entramado normativo que habría de servirle de referencia en lo sucesivo se

Consumidores y Usuarios; y Ley de Cantabria 2/2010, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

conforma e integra, además de por la legislación tanto estatal como autonómica citada, por las Circulares del Presidente de la Junta Arbitral de Cantabria, y por la Orden de Procedimiento dictada por la Consejería de Sanidad y Consumo de fecha 8 de septiembre de 1998.

Las Circulares establecen cuáles serán las pautas de funcionamiento ordinario de la Junta Arbitral de Consumo. En cuanto al modo de celebración de las audiencias ante el colegio arbitral se erige como principio básico la imparcialidad de los árbitros que viene asegurada por la introducción de los mecanismos de abstención y recusación de la Ley de Arbitraje. También se establece el carácter privado de las audiencias y el secreto de las deliberaciones.

Gran interés reviste la Circular Informativa del Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria de 16 de febrero de 2001 sobre admisión a trámite de solicitudes de arbitraje en las que se solicita la conversión en dinero de vales o bonos de compra.

Esta Circular pretende arrojar luz en relación con la confusión creada en torno al artículo 9.k) de la Ley 6/1998 del estatuto del Consumidor y Usuario en Cantabria, según la cual los poderes públicos han de garantizar, para satisfacer el derecho a la protección de los intereses económicos y sociales *«la conversión en dinero efectivo, cuando así lo solicite el consumidor, de los vales o documentos similares entregados de forma voluntaria a los clientes que pretendan efectuar devoluciones de artículos no deteriorados»*.

En esta Circular, partiendo de la inexistencia de un derecho de revocación *ad nutum* en el ordenamiento jurídico español fuera de aquellos supuestos específicamente regulados (v. gr. venta a distancia, ventas fuera de un establecimiento mercantil o ventas a plazos de bienes muebles), se llega a la conclusión de que el art. 9. k) no es sino un precepto de carácter puramente programático que no puede amparar, a falta de disposiciones complementarias, un derecho subjetivo del consumidor a la devolución del importe pagado.

Cuestión distinta es que, en el ejercicio de la libertad de pactos y con el fin de procurarse una mayor clientela, el empresario conceda de forma voluntaria tal derecho pues en ese caso sí que el consumidor, según las normas de cumplimiento de cualquier compromiso privado, podrá exigir la devolución del precio pagado.

De igual interés resulta la Circular del Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria de 7 de marzo de 2001 sobre inhibición de solicitudes de arbitraje en la que, ante la ausencia de pronunciamiento alguno en la normativa legal, y con la finalidad de aportar una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos dotando a la Junta de una mayor eficiencia funcional, se fijan de forma clara los supuestos en los que ésta podrá inhibirse del conocimiento de determinados asuntos en función de los requisitos que en ellos concurren.

Junto a estas circulares cobra gran importancia en el funcionamiento del Sistema la Orden de Procedimiento de 8 de septiembre de 1998, que vino a solventar ciertas dificultades prácticas planteadas a la hora de conocer algunas

pretensiones en las que se presentan de forma confusa, facetas administrativas y jurídico-privadas.

Esta Orden define un modo de coordinación de los procedimientos administrativo y arbitral que toma como punto de partida la diferenciación nítida entra aquellas reclamaciones de consumo que contienen una *petición de resarcimiento civil de daños y perjuicios patrimoniales* causados en un acto de consumo irregular y, el resto de las reclamaciones.

En cuanto a estas últimas, la elección del procedimiento a seguir queda a voluntad del consumidor; mientras que en el caso de las pretensiones cuyo objeto es el resarcimiento patrimonial, el principio de voluntad privada se matiza supletoriamente por una técnica de fomento: el principio de potenciación y promoción del Sistema Arbitral de Consumo.

De este modo, se establece (salvo manifestación expresa en contrario) que todo consumidor que presenta una reclamación administrativa de contenido patrimonial conectada a un acto de consumo, además de rechazar la vía judicial, opta por la vía arbitral.

La razón de todo ello es constatar normativamente algo demostrado por la experiencia: el propósito con que los consumidores reclaman es, en un altísimo porcentaje de casos, la búsqueda de una satisfacción para su pretensión económica y no la imposición de una sanción al empresario incumplidor.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en aquellos casos en que la reclamación civil patrimonial tenga como presupuesto una infracción administrativa a la disciplina de consumo, el hecho de que se establezca un criterio de preferencia reglamentaria del sistema arbitral no supone que la infracción administrativa desaparezca, sino que se paraliza y queda latente, reactivándose en aquellos casos en que el empresario reclamado no se adhiera al sistema arbitral.

El legislador de 1993 incurrió en un lamentable olvido al no marcar las diferencias entre el Sistema Arbitral de Consumo y el Procedimiento Administrativo Sancionador. El planteamiento doctrinal a partir del cual fue posible la solución partió de la Orden de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales de 8 de septiembre de 1998 que diferencia entre las dos clases de reclamaciones.

Por un lado están aquellas en las que se pide el resarcimiento civil de los daños y perjuicios causados en el patrimonio del consumidor mediante la devolución del precio, la indemnización económica por equivalente, la sustitución del producto defectuoso por un objeto similar, o mediante la reparación gratuita del defecto.

Y por otra parte todas las demás reclamaciones. Pues bien el sistema de coordinación opera de modo que en principio, en toda reclamación se procederá atendiendo al criterio de respeto de la voluntad del consumidor, pero en las reclamaciones cuyo objeto sea un resarcimiento patrimonial, el principio volitivo se encuentra tamizado por la regla *pro Sistema Arbitral de Consumo*,

estableciendo una primera presunción entendiendo que el consumidor escoge la vía administrativa con preferencia respecto a la vía judicial.

En segundo lugar como segunda presunción, salvo expresa voluntad en contrario por parte del consumidor, se entiende que éste opta por el Sistema Arbitral de Consumo antes que por el procedimiento administrativo sancionador⁴²⁶.

Coincidiendo con la decisión de traspasar las competencias en materia de consumo desde la Consejería de Sanidad hacia la Consejería de de Economía⁴²⁷, se produce un impulso trascendental en la protección jurídica de los consumidores en el derecho autonómico cántabro.

Esta fue, la aprobación por el Parlamento de Cantabria de la importantísima Ley 1/2006, de 7 de marzo de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria, que se trata de una ley pionera de salvaguarda patrimonial «*de tercera generación*», que no se conforma con la protección de los consumidores frente a los riesgos que les pueden afectar (*primera generación*), ni siquiera con la adición del aseguramiento de sus derechos patrimoniales legítimos (*segunda generación*), sino que, con más ambición entra decididamente en la promoción de las políticas sociales avanzadas regulando no solamente la formación y educación de los consumidores como principio básico situados al mismo nivel que su defensa y protección.

El Sistema Arbitral de Consumo recibe un importante espaldarazo con la Ley 8/2006, de 27 de junio, de Estructuras Comerciales de Cantabria, que surge con el propósito de levantar la suspensión de los expedientes administrativos de concesión de nuevas licencias comerciales específicas para la apertura de Grandes Establecimientos Comerciales (que introdujo la Ley 2/2002, de 11 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria), estableciendo en su art. 12.c).8º como uno de los criterios que valorará la Dirección General competente en materia de comercio para la concesión de las licencias de apertura «*la inclusión en el proyecto de compromisos firmes a favor de los derechos de los consumidores y usuarios, tales como la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo*».

Queda con esta normativa dibujado el entramado jurídico que rige el funcionamiento de un sistema que se encuentra en permanente auge como forma más habitual de resolución de conflictos de consumo, caracterizado en general por su pequeña cuantía y que supone por ello una cualitativa mejora del acceso de los consumidores a la justicia, como *sistema jurisdiccional extrajudicial en el que las partes pueden conseguir los mismos objetivos que en la jurisdicción civil ordinaria*. Es de destacar que desde 1998 en que se puso en

⁴²⁶ TOMILLO URBINA, Jorge Luís, «*La protección de los consumidores como técnica de unificación del Derecho Privado*», Primera Instancia, Boletín Informativo del Ilre. Colegio de Abogados de Cantabria, nº 14, 1999.

⁴²⁷ En la actualidad la competencia ha sido asumida por la Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Innovación, Industria, Turismo y Comercio del Gobierno de Cantabria.

funcionamiento la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria, esta ha tenido una extraordinaria acogida al punto que ha pasado a ser la primera Junta Arbitral de España en número de solicitudes de arbitraje por habitante, siendo destacable la excelencia de las resoluciones desde el punto de vista cualitativo⁴²⁸.

IV. LA FUNCION DE LAS CAMARAS OFICIALES DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION, COMO ORGANISMOS INTERMEDIOS REPRESENTANTES DE LAS EMPRESAS

Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, y la navegación, y aglutinan a todas las empresas y comercios españoles, contando con gran experiencia en el arbitraje mercantil, y que han venido fomentando la adhesión al sistema Arbitral de Consumo entre su electorado, dado que pertenecen a las mismas -con carácter obligatorio- todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales en el territorio nacional, y un representante del Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, designado por este órgano, será consejero del Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo de conformidad con el art. 13.4º. k) del RD 231/2008 de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo, y propondrán, en su caso (junto a la Administración, asociaciones de consumidores y usuarios, las organizaciones empresariales o profesionales) al Presidente de la Junta Arbitral de Consumo las personas que actuarán como árbitros.

Cabe recordar que estas Corporaciones con gran tradición, nacieron en la historia como Asociaciones de comerciantes e industriales que aparecen simultáneamente con las primeras manifestaciones del Derecho y probablemente incluso le preceden. En Grecia, en las Leyes Rodias, y en Roma, con la institución del Pretor Peregrino, se encuentran antecedentes muy claros de algunas funciones actuales de las Cámaras de Comercio.

En la Edad Media aparecen múltiples Asociaciones que, aún con distintos nombres, tales como Hermandades, Corporaciones, Guildas, etcétera, llevan en sí el germen de lo que se puede considerar como el almacén físico de las Cámaras. Pero el contenido espiritual hay que buscarlo, sobre todo, en Ligas

⁴²⁸ En 2009 las reclamaciones se incrementaron un 56,69% respecto del año anterior, probablemente debido a la crisis económica por la que se está atravesando, hasta alcanzar 3.549 que se centraron en su mayoría en el sector de la telefonía y las telecomunicaciones. De hecho los 1.153 laudos (cuatro al día) dictados 722 se referían al sector de la telefonía móvil y 103 al de telefonía fija, seguidos de los de proveedores de servicios de Internet (138) y gas doméstico (43), descendiendo en materia de vivienda a 9, y un 4,17% relacionados con los transportes y viajes. Los datos más significativos son los 4.050 expedientes tramitados (suma de las solicitudes pendientes de 2008 y las del año), de los que 3.183 se resolvieron, el 78,22%, en un tiempo medio de tres meses, habiendo sido dictados el 99,7% de los laudos por unanimidad.

Entre 2003 y 2009, el número de solicitudes se multiplicó por cuatro, el de laudos por nueve, el de empresas adheridas por cinco, el de árbitros por seis (de tres árbitros a veinte), datos que sitúan a la Junta Arbitral de Cantabria a la cabeza de España.

como la Hanseática, en las Reglas Francas, en los Roles de Olerón y en los Consulados del Mar.

Porque las primeras acaban desembocando en Asociaciones de tipo gremial mientras que, paralelamente, surgen en todo el mundo Juntas de Comercio, Tribunales de Comercio, y los citados Consulados del Mar, de los que se considera que descienden directamente las Cámaras. (Curiosamente se puede añadir que el domicilio de una de las Cámaras españolas más antiguas, la de Barcelona, se encuentra precisamente en la Casa Lonja del Mar).

Esos organismos dejan de ser organizaciones eminentemente clasistas, para, elevándose, convertirse en los que proponían normas generales, dirimían litigios y ofrecían soluciones arbitrales.

El primer antecedente de Cámara, aunque no con ese nombre, es el de Marsella, en 1599. Y también es en Francia donde por primera vez, en 1700, se crea en Dunkerque con el nombre, que habría de ser consagrado, de Cámara de Comercio. A partir de ese momento, en Italia la Cámara de Turín en 1799, en Bélgica en 1841, en Prusia y Austria poco después, en Inglaterra, y a través de este país en Estados Unidos, se inicia la expansión de las Cámaras de Comercio por todo el mundo. Hoy día existen estas Cámaras en todos los países. Su número excede de las diez mil. Hay cerca de cuatro mil en Estados Unidos, 700 en el Canadá, más de 300 en Australia y Japón, más de 200 en Méjico, de cien a doscientas en otros países entre ellos Brasil y Francia y en número inferior a un centenar en naciones tales como Italia, Gran Bretaña, Alemania Federal, la India, Bélgica, Grecia y España.

Se han mencionado dentro de los antecedentes generales la existencia desde la Edad Media de los Consulados Generales Terrestres y Marítimos para estudiar asuntos de orden judicial y administrativo. Pero se estima que deben considerarse como raíces de las Cámaras españolas las Universidades o Casas de Contratación, la Junta de Comercio creada por Carlos II, y posteriormente el Consejo y las Juntas Provinciales de Agricultura, Industria y Comercio, a las que sucedieron los Consejos Superiores provinciales de la Producción y el Comercio Nacional.

Fue, el 9 de abril de 1896, siendo don Eugenio Montero ministro de Fomento, cuando se reglamentan las Cámaras, que surgen por todo el país a partir de ese momento.

Coexisten dos tipos de Cámaras: la del modelo sajón, de asociación voluntaria, y la del modelo francés, de asociación obligatoria y forzosa. En Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá y en general en casi todos los países de la Commonwealth, las Cámaras son asociaciones voluntarias de comerciantes o industriales que abonan sus cuotas y pertenecen a la Corporación libre y espontáneamente. En Francia, Italia, Austria, Alemania, Rusia y países del Este, así como en Japón y, en general, en la mayor parte de las naciones, la integración en la Cámara es forzosa e impuesta por el legislador por el mero hecho de ejercer la industria, el comercio y la navegación. Por supuesto que son Instituciones Públicas y oficiales, aunque no tengan una dependencia directa subordinada al Estado.

Algunos tratadistas han querido ver una tercera forma de composición de las Cámaras en algunos países en que estas son Instituciones oficiales, si bien la adscripción a las mismas no es obligatoria, sino voluntaria. Y en algunos países existe separación de Cámaras de Comercio, Cámaras de Industria y de Navegación, pero en la mayor parte de ellos la unificación se ha producido y se está acentuando.

En España, la última integración relevante en este sentido fue la de las Cámaras de Comercio y de Industria de Madrid, que funcionaban por separado hasta hace apenas unas décadas.

El Decreto de 9 de abril de 1886 configuró a las Cámaras españolas dentro del denominado sistema francés, es decir, como Instituciones oficiales a las que se pertenece de forma automática, y por tanto con carácter obligatorio.

Ya se ha puesto de relieve lo significativo del preámbulo del mencionado Decreto, en donde aparecía también, aunque veladamente que se trataba de asociaciones de comerciantes, industriales y nautas para la defensa de sus intereses; pero, como consecuencia de la acción de las propias Cámaras, se rectificó ese criterio y elevado las miras de estas Corporaciones, que no funcionan ya para tratar de defender los propios intereses de quienes se integran en ellas, sino los intereses generales del comercio, la industria y la navegación.

En este sentido, la Ley de Bases de las Cámaras dictada en 1911, sirve para comprobar que las funciones y objetivos de las Cámaras ya nada tienen que ver con la defensa de derechos subjetivos de sus asociados. Y el Reglamento general de 1929, desarrolla dicha Ley en este sentido.

Las Cámaras tienen en primer lugar el carácter de órganos consultivos de la Administración, debiendo ser oídas necesariamente sobre los proyectos que afecten al comercio, la industria o la navegación, tienen además por objeto fomentar y proponer cuantas reformas crean necesarias o convenientes para el progreso, encauzamiento y regulación de las actividades económicas, desempeñando los servicios que estimen necesarios, útiles o de provecho para los intereses generales de las diversas esferas de la actividad económica que les están confiados.

Las Cámaras de Comercio, son Instituciones arraigadas y extendidas en el contexto internacional. El origen de su denominación es francés, en 1599 se creó la primera Cámara de Comercio en Marsella, siendo Luís XVI en 1701 quien las dotó de un estatuto nacional a partir del cual se generaliza su presencia en todo el Estado. Suprimidas durante la revolución (1791), fueron restablecidas en la etapa napoleónica, que a través de su dominación europea favoreció su difusión por el resto del continente.

Posteriormente, en el Reino Unido surgen a finales del siglo XVII, alcanzando un importante papel en la revolución industrial que con la expansión colonial inglesa permitió que se extendieran en la mayor parte de América y Asia.

La generalización de las Cámaras de Comercio en el mundo dio lugar a la

Cámara Internacional, fundada en 1919, con sede en París, con un Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional, base de los que después fueron creados en el seno de las Corporación Camerales.

El nacimiento de la Comunidad Económica Europea, trajo consigo la constitución anticipada, en 1958 de un organismo coordinador de las Cámaras de los países comunitarios: la «*Conference Permanente des Chambres de Commerce et d' Industrie de la CEE*»⁴²⁹, antecedente del actual «*Eurochambres*», por lo que estas Corporaciones están muy presentes en el sistema institucional comunitario que las compromete en el empeño de la construcción de la Europa unida, a las que califica de «*organismos intermedios*».

Así, el reglamento (CE) nº 761/ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión, se dispone que los Estados miembros fomentarán la participación de las organizaciones y, en particular, tendrán en cuenta la necesidad de asegurar la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) estableciendo medidas de asistencia técnica, especialmente junto con instancias puestas en marcha por profesionales, como autoridades locales, Cámaras de Comercio, asociaciones profesionales etc. (art.11), y las atribuyen competencias públicas⁴³⁰.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de marcas atribuye también a las Cámaras un relevante papel, pues para apreciar el carácter distintivo de una marca el Tribunal Nacional habrá de tomar en consideración, las declaraciones e informes de las Cámaras de Comercio e Industria y otras asociaciones profesionales⁴³¹.

Las Cámaras españolas surgen en plena consolidación del Estado liberal que a lo largo del siglo XIX, y a partir de la Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812, pugna por romper las trabas del antiguo régimen.

A partir de un aumento demográfico de la población española, con base en una economía fundamentalmente agraria, comienzan a desarrollarse importantes núcleos industriales, lo que favorece que los empresarios se asocien ante el nuevo contexto socioeconómico en el que van a desarrollarse las relaciones comerciales, así el 9 de Abril de 1886 se publica el Real Decreto, que supone el nacimiento normativo de las Cámaras de Comercio, englobado dentro de la política reformista liberal, en un intento de modernizar el aparato administrativo del Estado.

⁴²⁹ Decisión 81/428/CEE, de 20 de mayo de 1981 (DO L 165, pp. 24 y 25)

⁴³⁰ Reglamento CEE 809/98 y 2774/88 relativos a la definición de “productos originarios”

⁴³¹ Sentencias de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee (asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Rec. P. I-2779) y de 22 de junio de 1999, Lloyd Schunfabrik Meyer (C-342/97, Rec. P. I-3819)

A lo largo de su historia como Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, tiene como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio y de la industria, así como la prestación de servicios a las empresas, y se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las administraciones públicas, por ello, vienen tratando de consolidar la formación, información y promoción del comercio y la industria, sin desatender las funciones que le corresponden como órgano consultivo, en la defensa de los intereses relacionados con la vida económica de su demarcación.

Conviene destacar que en la actualidad, existen ochenta y cinco Cámaras de Comercio en España, conectadas con las diez mil que existen en el mundo.

Desde su creación, vienen cumpliendo con eficacia y rigor, el papel que la Ley les encomienda como Corporaciones de Derecho Público, habiéndose consolidado como piezas imprescindibles y fuertemente enraizada en el entramado socio-económico de sus demarcaciones, actuando como Instituciones intermedias dinamizadoras de la economía y las empresas, y articulando la cooperación entre las Administraciones Públicas, y la actividad y necesidades del sector privado, potenciando continuamente su actividad como entidades prestadoras de servicios útiles a las empresas, y de forma prioritaria, los relacionados con la modernización de las condiciones de competitividad del tejido empresarial, que dentro de sus objetivos, es un órgano consultivo, representativo en su papel de instrumento de cooperación en la planificación y ejecución de la política económica, consiguiendo que las Cámaras sean un principal factor de dinamización en la creación y promoción de proyectos empresariales que fomentan el desarrollo económico, cooperando institucional y empresarialmente en el ámbito interregional e internacional, como Instituciones de reconocida influencia social, referentes necesarios, de la que emanan opiniones y criterios, que por su rigurosidad, objetividad y profesionalidad, son contemplados a la hora de la toma de decisiones por los poderes públicos, constituyéndose al propio tiempo en entidades prestadoras de servicios de valor añadido y útiles a las empresas, adecuados a las necesidades reales de modernización y mejora de la competitividad, de acuerdo con las disposiciones y prioridades legales en el marco constitucional.

Las Cámaras han conseguido a lo largo de su historia, un papel protagonista como eje de articulación de la colaboración entre las instituciones empresariales y las Administraciones relacionadas con la actividad económica, estando reconocida en su ya larga trayectoria como Corporaciones sensibles a las necesidades empresariales, ejemplo de gestión eficaz y ágil, en las principales áreas de formación con impulso de la colaboración con las Administraciones educativas, detectando necesidades de formación específicas del sector empresarial; información y asesoramiento básicos a la empresa; Promoción del comercio interior y exterior, con diseño de acciones a incluir en los planes anuales; Fomento, y estímulo de la actividad económica.

Entre sus funciones de carácter público-administrativo se encuentra la de

promoción del arbitraje mercantil en sus Cortes arbitrales⁴³²; o apoyo logístico a las empresas en sus actividades, propiciando el establecimiento de convenios de colaboración con la Administración autonómica y Local, y con el resto de Instituciones relacionadas con la vida económica.

Esta función⁴³³ se ha venido desarrollando a través de los Tribunales o Cortes de Arbitraje, pues ya la Sentencia de 13 de julio de 1904 que admitió la cláusula de un contrato en el sentido de que las dudas o diferencias que lo estipulado ocasione, se resolverán por un perito nombrado por la Cámara de Comercio, y en la misma se decía que «*al aceptar la Cámara tal misión y cumplirla, no realizó acto prohibido, sino uno comprendido dentro del sentido y espíritu del decreto orgánico de tales Cámaras*»⁴³⁴, y fue la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, la que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, y la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes, lo que igualmente ha sido recogido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que «responde a un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidado estudio del derecho comparado».

Ello las indujo a fomentar en el sector empresaria la necesidad de adherirse al Sistema Arbitral de Consumo, porque de él puede obtener una serie de ventajas, como son: garantía de calidad, mecanismo de eliminación de controversias, instrumento para detectar errores, instrumento para evitar una publicidad negativa exteriorizada en una mala imagen, y finalmente dar una satisfacción al cliente estimulando la fidelidad de este, convencidas de sus ventajas para las empresas:

1ª. Es un sello de calidad, pues la empresa que se adhiere al Sistema parte de la base de que su producto o servicio es capaz de soportar la crítica del consumidor y que por tanto no tendrá reclamaciones de gran entidad.

2ª. Es un sistema de evitar mayores problemas, pues es un campo que permite detectar con diligencia y de forma clara cuales son los problemas que puede presentar un producto o servicio, lo que facilita que la empresa pueda solucionar rápidamente los defectos de los bienes o servicios que ofrece, evitando que el cúmulo de pequeños problemas se transforme en un gran problema y que ello malogre su oferta.

3ª. Impulsa a mejorar el producto, pues el conocimiento inmediato de las reclamaciones del consumidor permite afrontar el problema para que este no se alargue en el tiempo, pues la experiencia de la actuación de las Juntas muestra que sus laudos han servido muchas veces para aclarar cuáles son las condiciones en que se vende el producto o se presta el servicio.

⁴³² Las Cortes Arbitrales son herederas de los «Tribunales de Comercio» que, durante siglos, se encargaron de dirimir las disputas mercantiles, hasta su abolición por el Decreto de Unificación de Fueros de 1868.

⁴³³ GORORDO BILBAO, José Maria, *Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, Thomson Civitas 1.ª ed., 2005, págs. 536 y ss.

⁴³⁴ ALCUBILLA *Diccionario de la Administración Española*, sexta edición pág. 804.

4ª. La adhesión al sistema arbitral de consumo da una ventaja adicional frente a la competencia, pues se está ofreciendo un producto o servicio con una característica positiva más.

5ª. La adhesión al Sistema comporta una mejora de la imagen positiva de producto y de empresa productora lo que, evidentemente, se transforma en una mayor venta y en la consecución de un cliente más satisfecho, y esa en la máxima aspiración de cualquier empresa.

En definitiva la adhesión al arbitraje de consumo constituye para la empresa, un elemento de calidad diferenciador respecto a otras empresas del sector y exterioriza con la posesión del símbolo distintivo oficial, un grado de garantía y seguridad frente a su cliente, y una predisposición a llegar a un acuerdo siempre, puede decirse que constituye un signo externo de calidad que potencia la imagen de la propia empresa o establecimiento comercial adherido.

Para las Cámaras de Comercio, ello es necesario en el marco de referencia de la economía cada vez más abierta, asimilando las técnicas más avanzadas orientadas a ganar competitividad y bienestar colectivo, arbitraje que está llamado a desempeñar un papel clave en el marco de la sociedad, por considerar que este arbitraje específico, viene demandado por los cambios tecnológicos, introduciendo nuevos elementos de análisis, junto con instrumentos de desarrollo, dentro de los nuevos horizontes de operación como son la globalización y subsiguiente internacionalización de la empresa, desde enfoques diferentes, como son los empresariales.

Por ello, vienen haciendo suyas las recomendaciones básicas que se vienen produciendo en esta materia, tanto en el ámbito local y de las Comunidades Autónomas, como en el Nacional y en el Europeo, planteando ésta respuesta anticipada a los desafíos a corto y medio plazo en un contexto económicamente cada vez más abierto y tecnológicamente, cada vez más complejo, para colaborar con la Administración, crear interés en las empresas, en los medios profesionales y en la sociedad en su conjunto.

Y de este modo, poder afrontar los retos y desafíos del nuevo escenario que se avista, reforzando las estrategias dentro del contexto cambiante del mundo empresarial, al considerar el arbitraje como herramienta estratégica de la política jurisdiccional, asumiendo su papel como organización social-empresarial, lo que no deja de ser un valor añadido para la empresa y un derecho específico de los consumidores presentes o futuros que se desea satisfacer.

La Ley 3/1993, de 22 de Marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, preceptuaba en su artículo 2, como funciones de carácter público -administrativo de las Cámaras, y entre ellas (art. 2.i)⁴³⁵ la de «*desempeñar funciones de mediación y arbitraje mercantil,*

⁴³⁵ La Disposición final primera del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 6-03-12), ha ampliado las competencias de las Cámaras al modificar este artículo, cuya letra i) ha pasado a tener la siguiente redacción: «*Desempeñar*

*nacional e internacional*⁴³⁶, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente».

En su Reglamento General aprobado por el R. D. 753/1978, de 27 de marzo, en su art. 3. B) se dice que, en cuanto Corporaciones para el fomento de los intereses generales del comercio y la industria, están facultadas en sus respectivas demarcaciones para *«intervenir como árbitro de equidad, crear o patrocinar órganos, servicios o comisiones que puedan resolver con aquel carácter las cuestiones de naturaleza mercantil que les puedan ser sometidas y emitir dictámenes y peritajes»*.

Funciones de arbitraje para resolver litigios existentes, que ejercen como intermediarias entre el mundo económico y la Administración⁴³⁷, existiendo constituidas 52 Cortes de Arbitraje en el seno de estas Corporaciones⁴³⁸. Ya, la muy lejana sentencia citada de 13 de julio de 1904, que admitió la cláusula de un contrato en el sentido de que las dudas y diferencias que lo estipulado ocasione, se resolverán por un perito nombrado por la Cámara de Comercio.

En la Sentencia se decía que *«al aceptar la Cámara tal misión y cumplirla, no realizó acto prohibido, sino uno comprendido dentro del sentido y espíritu del decreto orgánico de tales Cámaras»*.

La Ley de Cámaras de 1993, fue consagrada por Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1996 de 12 de Junio, así como la decisión sur la recevabilité de la Commision Européenne des Droits de L`Homme de 14 de Janvier de 1998, destacan las importantes funciones públicas atribuidas por el legislador a las Cámaras, y de entre ellas, la colaboración de éstas Corporaciones, por ser funciones de clara relevancia constitucional, que responde a los imperativos del art. 40.2 de la Constitución, pues es nuestro más Alto Tribunal -el Constitucional- quien destaca en su Sentencia, la importancia de las funciones públicas atribuidas por el legislador a las Cámaras, y de entre ellas, la colaboración de éstas Corporaciones en programas de formación profesional reglada, formación práctica y formación empresarial permanente, señalando que *«se trata de funciones de clara relevancia constitucional»*, poniendo de relieve la legitimidad constitucional de la Administración corporativa a la que se

funciones de mediación y arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente».

⁴³⁶ El art. 10 del Convenio Europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial e Internacional de 1961 ratificado en 1975 (BOE 5 de octubre de 1975) y Convenio de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras, ratificado el 11 de julio de 1977, dieron lugar a que el Real Decreto de 22 de mayo de 1981, otorgará esta competencia al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España.

⁴³⁷ En Francia los Jueces y Tribunales de Comercio, serán elegidos por un Colegio del que forman parte miembros en ejercicio de las Cámaras de Comercio e Industria (art. 821. 1 Código de Comercio. En Portugal Ley 31/1986, de 29 de agosto.

⁴³⁸ ROCA AYMAR, José Luís, «El arbitraje en las Cámaras de Comercio: nuevas tendencias y campos de actuación», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España.

encomiendan éstas funciones jurídico-públicas, función que nace históricamente con el Decreto de 9 de Abril de 1886, por el que se crean las Cámaras (Gaceta de Madrid de 12 de Abril de 1886); Real Decreto de 21 de Junio de 1901; Ley de Bases de 29 de Junio de 1911; Reglamento de las Cámaras, aprobado por el Real Decreto de 26 de Junio de 1929; Decreto de 13 de Junio de 1936, sobre los derechos y garantías de los empleados de las Cámaras y Decreto de 8 de Julio de 1966.

Funciones que de nuevo se reflejan nítidamente en la reciente Ley 4/2014, de 1 de abril Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación⁴³⁹, en cuya Exposición de Motivos al enumerar sus funciones de carácter público que tienen plena relevancia constitucional por cuanto afectan al principio de eficacia de la actuación administrativa –colaboración de las organizaciones profesionales, formación y actividades de comercio exterior-, añade «*así como al arbitraje y la mediación como contribución a la fluidez de la tutela de los jueces y tribunales (art. 124 C.E.)*», y todo ello siempre en la línea de la participación ciudadana que con carácter general reclama el art. 9.2 C.E., y más específicamente el art. 105.a) C.E., de tal manera que su artículo 5.3 párrafo final al fijar sus funciones de carácter público-administrativo dispone que «*también podrán desempeñar actividades de mediación, así como de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente*».

En el Capítulo V referido a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de España⁴⁴⁰ (reserva de denominación que sustituye al Consejo Superior de Cámaras), en su artículo 21 referido a sus funciones en su letra i) dice «*desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente*», quedando en consecuencia esta importante función institucional sobre el arbitraje y la mediación⁴⁴¹.

⁴³⁹ «BOE» núm. 80, de 2 de abril de 2014, páginas 27997 a 28019.

⁴⁴⁰ Art. 20.2. «*Estará integrada por representantes de las Cámaras de Comercio de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, las grandes empresas de mayor contribución, las organizaciones empresariales y de autónomos, los Ministerios por razón de la competencia y las Federaciones de las Cámaras Oficiales españolas en el extranjero, y será el organismo de representación, relación y coordinación de las mismas*».

⁴⁴¹ La Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Competitividad, ha elaborado a finales de octubre de 2014 un proyecto de Real Decreto que tiene por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, procediendo a adecuar e integrar en un solo texto toda la normativa reglamentaria vigente, basada en el Decreto 1291/1974, de 2 de mayo sobre el Reglamento General de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y sus sucesivas modificaciones, en especial, el Real Decreto 1133/2007, de 31 de agosto, sobre procedimiento electoral, los cuales se actualizan y adaptan a la nueva Ley.

TERCERA PARTE: OTROS ARBITRAJES SECTORIALES

CAPÍTULO PRIMERO

I. EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La primera cuestión consiste en analizar la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre materias disponibles que puedan surgir en el arrendamiento urbano, mientras que la segunda se centra en el problema específico de someterlas al arbitraje especial de consumo.

Si interesante es la posibilidad de resolver tales controversias mediante el arbitraje, tanto más lo es la hipótesis de acudir a los organismos públicos protectores de los consumidores para intentar resolverlas, con los que se plantea una interesante cuestión de grandes implicaciones sociales, que puede expandir notablemente el campo de actuación del sistema arbitral de consumo⁴⁴².

Es solo como consecuencia de la promulgación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994 de 24 de noviembre, que la preocupación por el tema se hace general, ya que una de sus más llamativas novedades es habilitar expresamente a los contratantes para someter los litigios arrendaticios a los tribunales arbitrales con arreglo a la entonces Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje (art. 39.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Sin embargo, los primeros y múltiples comentaristas⁴⁴³ de esta Ley de Arrendamientos Urbanos no se plantearon, la cuestión específica que nos ocupa, es decir, que tal arbitraje, aparte del ordinario regido por la citada Ley de Arbitraje de 1988, podía ser también el arbitraje especial de consumo previsto por el anterior Real Decreto 636/1993.

⁴⁴² GARCIA CANTERO G. sobre «*El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del consumidor*», publicado en 1987 (AC, 1987, núm. 773, págs. 2431 y ss.), y GUILARTE ZAPATERO «*Perspectivas y posibilidades del arbitraje en arrendamientos urbanos*» editado por la Corte Vasca de Arbitraje en 1992 (vol. *El arbitraje en arrendamientos urbanos*, págs. 11 y ss.); referidos a la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

⁴⁴³ Algunos autores lo descartaron anteriormente de forma implícita por tratarse de relaciones entre particulares [por ejemplo, DIAZ ALABART S. «*Tribunales arbitrales de consumo. Estudios sobre el Derecho de consumo*», Iberdrola, Bilbao, 1.ª ed., 1991, págs. 122 y ss., y «*El arbitraje de consumo (RD 636/1993, de 3 de mayo)*». *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2.ª ed., 1994, págs. 170 y ss.; CASAS VALLES R., «*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*», coord. por BERCOVITZ R. y SALAS. J., Tecnos, Madrid, 1992, págs. 780 y 781, y BADENAS CARPIO J. M., «*El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*», Generalitat Valenciana, Valencia, 1993, págs. 89 y ss.]. Sin embargo, hay en Valencia una sección especial en la Junta Arbitral que resuelve litigios en materia de vivienda, la cual, creada en 1992, se compone por representantes de las asociaciones de promotores y constructores, por un lado, y de usuarios y consumidores, por el otro REYES LOPEZ M.J., «*Derecho de consumo*», EGD, Valencia, 1993, pág. 56.

Este problema, como se advierte fácilmente, depende del tipo de contrato de que se trate, ya que no todo arrendamiento urbano puede ser considerado, como decía el borrador de Reglamento elaborado por las Comunidades Autónomas, el llamado «*Reglamento de Cullera*», como «una relación jurídico-privada de consumo»⁴⁴⁴.

Si no lo es, cabrá o no el arbitraje arrendaticio conforme a lo pactado por los contratantes; pero si lo es, en cambio, podrá haber arbitraje de consumo, incluso sin acuerdo previo y expreso de las partes, en algunos casos, por impulso de la reclamación formulada por el arrendatario ante la correspondiente Junta Arbitral. Por eso, tras estudiar someramente el arbitraje previsto por la Ley de Arrendamientos Urbanos, se analizan los arrendamientos que se deben excluir y los que se pueden incluir en el arbitraje de consumo, según se pueda considerar o no, en concreto, al arrendatario como consumidor.

1. El arbitraje arrendaticio

Dado el sistema de la legislación anterior, se comprende bien que las posibilidades de acudir al arbitraje fueran reducidas. Estaban limitadas por el carácter imperativo de la mayor parte de los derechos conferidos al arrendatario de vivienda, que los hacía irrenunciables *a priori*, así como también lo era el derecho a la prórroga forzosa del arrendatario de local de negocio.

En particular, se entendía que el art. 1.561 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, al atribuir los juicios de desahucio con carácter exclusivo a los Tribunales ordinarios, impedía el arbitraje⁴⁴⁵. Aunque no faltó quien entendiera, acaso con razón, que la jurisdicción ordinaria comprendía, no sólo a los jueces funcionarios, sino también a los jueces privados o árbitros⁴⁴⁶, la jurisprudencia, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1962, extendió este criterio prohibitivo a cualquier otro procedimiento que condujera a la resolución del arrendamiento por estar en conexión directa con la devolución de la finca arrendada⁴⁴⁷.

Promulgada la Ley de Arbitraje de 1988, se entendió que esta doctrina mantenía su vigencia, dado que, conforme a su art. 1, sólo pueden ser objeto de arbitraje las materias disponibles por las partes contratantes conforme a Derecho, esto es, las que no sean de orden público, o estén reguladas por normas imperativas, o consagren derechos irrenunciables por los contratantes.

⁴⁴⁴ BADENAS CARPIO J.M., *op. cit.*, págs. 125 y 131, nota 52.

⁴⁴⁵ ORTIZ NAVACERRADA S., «*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*», dir. por X. O' CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, pág. 565.

⁴⁴⁶ FUENTES LOJO J. V., «*Nueva suma de arrendamientos urbanos*», Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 2198.

⁴⁴⁷ CRESPO ALLUE F., «*La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*», dir. por GUILARTE GUTIERREZ V., Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 53.

En concreto, se estimó por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989 que el desahucio de fincas objeto de los arrendamientos especiales, lo mismo urbanos que rústicos, era indisponible y no podía ser materia de arbitraje. Este criterio restrictivo, sin embargo, no era compartido por la mejor doctrina⁴⁴⁸.

Con todo, se ha seguido sosteniendo, todavía hoy, que el arbitraje arrendaticio tropieza con el doble escollo, por una parte, de las pretensiones resolutorias del contrato y, por otra, de la irrenunciabilidad de los derechos del arrendatario⁴⁴⁹, con apoyo en el auto del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1993. Sin embargo, las posibilidades reales del arbitraje se amplían notablemente con una interpretación más estricta de las materias indisponibles.

Así, y ya a la vista del art. 2.1 b) de la anterior Ley de Arbitraje de 1988 y la vigente de 2003, se ha afirmado acertadamente que solamente no pueden someterse a arbitraje las materias que, en los términos del art. 1.271.I del Código Civil, no estén en el comercio de los hombres, versen sobre una sucesión hereditaria futura (art. 1.271.II del Código Civil), o sean de orden público, cual sucede con las cuestiones del estado civil de las personas y las relaciones de familia, pero no con las materias de carácter patrimonial, tanto de índole contractual como extracontractual, siempre que sean independientes o separables de aquéllas⁴⁵⁰.

En esta misma línea, no está de más recordar que, según la más reciente y discutible interpretación de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, la tradicional protección conferida a los arrendatarios -en especial, la prórroga forzosa y el retracto- no compromete el orden público al no ser exigida por la Constitución, ni por los principios generales del Derecho, y ser poco compatible con la contractualidad que imponen lo mismo la libertad del mercado que los postulados de una posible justicia racional⁴⁵¹.

En definitiva, nada impedía, en principio, en lo que aquí interesa, que las controversias surgidas entre los contratantes pudieran ser resueltas por árbitros⁴⁵².

⁴⁴⁸ BERCOVITZ R., «Comentarios a la Ley de Arbitraje», coord. por el mismo, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 20 y 21.

⁴⁴⁹ CRESPO ALLUE F., *op. cit.*, pág. 532, con apoyo en el auto del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1993.

⁴⁵⁰ PUIG FERRIOL L., «Comentarios a la Ley de Arbitraje», *cit.*, pág. 40.

⁴⁵¹ CARRASCO PERERA A., «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección (A propósito de la STC 6/1992, de 13 de enero)», *Derecho privado y constitucional*, 1993, págs. 225 y ss.).

⁴⁵² FRAILE M. E., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. PANTALEON PRIETO F., Civitas, Madrid, 1995, pág. 401.

Tal criterio permisivo es el adoptado finalmente por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Es cierto que el Proyecto de Ley de febrero de 1994 se limitaba a recordarlo en la Exposición de Motivos, pero no le dedicaba precepto alguno, acaso por entender que debía regirse por las reglas generales del arbitraje. El texto en vigor, sin embargo, ha dado un paso más en esta misma dirección, y no sólo alude en el Preámbulo que la regulación de los procesos arrendaticios no obsta a que las partes puedan pactar la solución de sus conflictos por el procedimiento arbitral (párr. 5-II), sino que ha creado un nuevo arbitraje especial que, a primera vista, debió añadirse a la disp. adic. 1.^a de la Ley de Arbitraje.

Importante consecuencia práctica de esto, es que el arbitraje arrendaticio ha de ser, como los otros supuestos allí mencionados, también de carácter gratuito (disp. adic. 1.^a.2 de la Ley de Arbitraje).

En efecto, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, por una parte, establece que se podrá acordar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales, de conformidad con la citada Ley de Arbitraje (art. 39.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y, dispone que el plazo para dictar el laudo en estos procedimientos arbitrales es, a falta de pacto expreso, de tres meses (disp. adic. 7.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Tres son, al menos, las consecuencias que se derivan de estos nuevos datos normativos:

En primer lugar, hay que descartar que la remisión que la Ley de Arrendamientos Urbanos hizo a la Ley de Arbitraje fuera innecesaria, como se ha creído erróneamente, por venir a subrayar, con una finalidad didáctica o de mero recordatorio, una posibilidad legal preexistente⁴⁵³. Es cierto que podría entenderse, en este sentido, si la remisión de la Ley de Arrendamientos Urbanos fuera a la Ley de Arbitraje en bloque; pero no es así. Por el contrario, la remisión se ha completado con una modificación de la Ley de Arbitraje, con lo que se ha configurado un nuevo supuesto de arbitraje especial, y ello justifica plenamente el recordatorio del art. 39.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Este arbitraje especial se caracteriza, como es sabido, por las notas de brevedad y de gratuidad.

En segundo término, parece que ha desaparecido uno de los obstáculos tradicionales que limitaba el arbitraje en los arrendamientos, concretamente, el referido a las pretensiones resolutorias del contrato, aunque se ha sostenido exactamente lo contrario.

Sin embargo, esta limitación no se ha consagrado expresamente y puede sostenerse que la Ley de Arrendamientos Urbanos reformó parcial y tácitamente la Ley de Enjuiciamiento Civil por estas dos razones, a saber: por un lado, ha proclamado la posibilidad del arbitraje sin ninguna limitación, y por otro lado, al dar nueva redacción al art. 1.563 de la entonces vigente Ley de

⁴⁵³ LOZANO ROMERAL D. y DE FUENTES BARDAJÍ, *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Praxis, Barcelona, 1994, págs. 254 y 255.

Enjuiciamiento Civil, relativo precisamente a la enervación del desahucio por falta de pago de las rentas (disp. adic. 5.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos), sin retocar el mencionado art. 1.561, dio a entender que este último precepto es aplicable sólo a los procesos judiciales, pero no al arbitraje.

Por lo demás, la necesaria dependencia entre la resolución del contrato y el desahucio no es tal, ya que se puede alcanzar el mismo resultado práctico -el desalojo de la finca arrendada- por la vía de la ejecución forzosa del laudo arbitral prevista por los arts. 52 a 55 de la Ley de Arbitraje. Con toda razón, se ha escrito que «la expresa permisión del artículo 39.5 (Ley de Arrendamientos Urbanos), sin excepciones, del arbitraje arrendaticio [...], hace posible -aunque poco probable, dada la naturaleza y objeto del juicio de desahucio- un cambio en la doctrina jurisprudencial que dé prevalencia a la permisión especial y expresa frente a la prohibición deducida de la norma general (el repetido art. 1.561 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil), y reserve ésta para los desahucios distintos del arrendaticio urbano»⁴⁵⁴. Por eso, es razonable entender que esta limitación, de creación exclusivamente jurisprudencial, debía desaparecer.

Por último, la tercera consecuencia es que, liberalizado notablemente el nuevo régimen de los arrendamientos urbanos y reducidas consiguientemente las normas de *ius cogens*, han disminuido también los derechos irrenunciables del arrendatario y, por contraste, han aumentado las materias disponibles y, por tanto, susceptibles de someterse a arbitraje.

Así, son ciertamente imperativas las normas que determinan el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la calificación del contrato. Por ello, este arbitraje no se puede establecer en los arrendamientos excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, esto es, los relativos a viviendas anexas a una relación laboral, o a una explotación agrícola, pecuaria o forestal, así como las viviendas militares y las universitarias (art. 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), a los que se puede asimilar el llamado arrendamiento de industria o de negocio. En cambio, el arrendamiento de las viviendas de protección oficial, que se rige sólo supletoriamente por la Ley de Arrendamientos Urbanos (disp. adic. 1.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos), queda comprendido dentro de ella y es susceptible de someterse a este arbitraje; asimismo, el arrendamiento de apartamentos turísticos y de viviendas vacacionales, sin perjuicio de que estos arrendamientos se rijan con preferencia por su normativa específica.

Por otra parte, la distinción básica entre el arrendamiento de vivienda y el destinado a un uso distinto del de vivienda (art. 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) no parece disponible, y por eso la calificación del contrato entre una y otra categoría está excluida de la voluntad de las partes, por lo que tampoco puede, en principio, someterse a arbitraje.

En cuanto a los arrendamientos de vivienda, se rigen de forma imperativa por los Títulos I, IV y V de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en especial por su Título II (art. 4.2.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos); esto quiere decir que

⁴⁵⁴ ORTIZ NAVACERRADA S., *op. cit.*, pág. 565.

el ámbito, las disposiciones comunes sobre la fianza y la forma del contrato y los procedimientos son indisponibles, con la salvedad de que la forma escrita no es obligatoria (art. 37.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y que los procedimientos judiciales pueden excluirse por un convenio arbitral expreso (art. 39.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Pero además, no todas las normas del Título II son imperativas, como reconoce la primera de ellas al proclamar la nulidad parcial de las cláusulas que perjudiquen al arrendatario, salvo los casos en que la propia norma expresamente las autorice (art. 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Es lo que ocurre con las viviendas suntuarias, o sea las de superficie superior a 300 metros cuadrados o las de renta inicial superior a 5,5 veces el salario mínimo interprofesional anual, que se rigen supletoriamente por dicho Título (art. 4.2.II de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y parece claro, por ello, que el arrendamiento de estas viviendas puede someterse a arbitraje, el cual acaso sea el más frecuente en la realidad social. Y es lo que ocurre también, en términos generales, con el arrendamiento de vivienda de una duración superior a los cinco años, en que los derechos del arrendatario dependen, en muchas ocasiones, de lo acordado por los contratantes. En efecto, en cuanto al expresado arrendamiento de vivienda, parece ser imperativo que se trate de una edificación habitable para satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario (art. 2.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), la cual debe incluir los accesorios (art. 2.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y puede ser compatible con otras viviendas permanentes en las que habite su familia (art. 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Asimismo, la cesión del contrato y el subarriendo no consentidos (art. 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), la duración mínima de cinco años, con o sin prórrogas anuales (art. 9.1.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos), así como la prórroga trienal sin voluntad en contra (art. 10.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y la continuación hasta el mencionado quinquenio en los casos de desistimiento por el arrendatario (art. 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), resolución del derecho del arrendador (art. 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), enajenación de la finca arrendada (art. 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y consiguiente derecho de adquisición preferente (art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), crisis matrimonial (art. 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y muerte del arrendatario (art. 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), lo mismo que las circunstancias del pago de la renta (art. 17 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), su actualización anual conforme al Índice General y Nacional de Precios de Consumo (art. 18.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y la participación del arrendatario en los gastos generales (art. 20.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

En fin, son también imperativas la obligación del arrendador de hacer las reparaciones que requiera la habitabilidad de la vivienda (art. 21.1.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y las mejoras impostergables (art. 22.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), así como la obligación de tolerar las mejoras hechas por el arrendatario, bien sean voluntarias (art. 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) o bien exigidas por minusvalías (art. 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y, en todo caso, el régimen de la ruina (art. 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), la resolución por incumplimiento (art. 27.1 de

la Ley de Arrendamientos Urbanos) y las causas de resolución y extinción del contrato (arts. 27.2 y 28 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Pero al mismo tiempo son disponibles por acuerdo de las partes o por la autorización del arrendador la cesión y el subarriendo (art. 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y la duración superior a los cinco años (art. 9.1.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos), caso en el que no hay prórroga obligatoria (art. 10.I de la Ley de Arrendamientos Urbanos), cabe el desistimiento por el arrendatario (art. 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), el contrato se extingue por resolución del derecho del arrendador (art. 13.1.II de la Ley de Arrendamientos Urbanos) o por enajenación de la finca arrendada (art. 14.II de la Ley de Arrendamientos Urbanos), pudiendo el arrendatario renunciar válidamente a la adquisición preferente (art. 25.8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y a la subrogación en caso de muerte (art. 16.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y la renta, que es siempre libre (art. 17.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), se puede elevar a causa de las mejoras hechas por el arrendador (art. 19.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). A lo que se debe unir la renuncia *a posteriori* por el arrendatario a los derechos consagrados por las normas imperativas, que se ha venido admitiendo tradicionalmente.

Por lo que respecta a los arrendamientos para un uso distinto del de vivienda, el campo de la disponibilidad es todavía mayor, ya que se rigen por la voluntad de las partes y sólo subsidiariamente por el breve Título III de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 4.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

De acuerdo con esto, es imperativo que se califiquen así los arrendamientos de temporada, incluida la de verano, y los de locales para el ejercicio de actividades empresariales, profesionales o de interés general (art. 3.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); la subrogación en caso de enajenación y muerte (arts. 29 y 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y la adquisición preferente (art. 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), el régimen de reparaciones y mejoras (art. 30 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), el aumento de la renta por cesión o subarriendo (art. 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), la indemnización por clientela (art. 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y ciertas causas de resolución del contrato (art. 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Todo lo demás, en cambio, es disponible por los contratantes.

En definitiva, los conflictos que surjan sobre todos los derechos disponibles o renunciables por el arrendatario, en uno y en otro tipo de contratos, pueden ser materia de arbitraje, el cual se rige por las reglas generales de la Ley de Arbitraje, con las matizaciones expuestas.

En lo esencial, este arbitraje requiere que el convenio conste por escrito, bien como una estipulación incorporada al arrendamiento o bien como un pacto independiente.

Se ha de determinar en él si se establece un arbitraje de Derecho o de equidad, pues el art. 39.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no distingue ni

excluye a ninguno⁴⁵⁵, debiendo entenderse que, a falta de pacto en contra, los árbitros resolverán en equidad. En el convenio, o en algún momento posterior, pueden designarse a los árbitros y fijarse las reglas de procedimiento, el cual se rige por los principios de audiencia, contradicción, igualdad y gratuidad.

El laudo debe dictarse en el plazo abreviado de tres meses (art. 30.3 de la Ley de Arbitraje), produce idénticos efectos a la cosa juzgada (art. 37 de la Ley de Arbitraje), se ejecuta ante el Juez de Primera Instancia conforme a los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes (art. 53 de la Ley de Arbitraje) y es impugnabile mediante el recurso de anulación, por determinadas causas tasadas, ante la Audiencia Provincial (arts. 45 y 46 de la Ley de Arbitraje), y ahora, como ya se ha dicho, ante el Tribunal Superior de Justicia.

2. La sumisión al arbitraje de consumo

Así, pues, salta a la vista la similitud que hay entre este arbitraje arrendaticio y el arbitraje administrado por las Juntas Arbitrales de Consumo. La principal diferencia entre los mismos radica en la formalización del convenio arbitral, por ser poco probable, por el momento, la oferta pública de sumisión formulada por el arrendador, si bien la falta de pacto expreso parece que puede suplirse por la reclamación del arrendatario y la aceptación por el arrendador. Por eso, es lógico preguntarse por la posible sumisión de las materias disponibles en el arrendamiento urbano al arbitraje especial de consumo, y para contestar a este interrogante se distinguen dos planos, el de la política jurídica y el del Derecho vigente.

En cuanto a la política jurídica, las ventajas de una respuesta afirmativa son evidentes, a saber: los contratantes podrían aprovechar la infraestructura, la experiencia y el *know-how* de las Juntas ya constituidas; estas ampliarían sus competencias y su implantación social; con pocos recursos adicionales, las Juntas podrían descargar a los Tribunales de una cantidad importante de asuntos; el coste y la duración de estos litigios se reduciría notablemente. Aunque se ha dudado de que el arbitraje proteja efectivamente a las partes «débiles» -en particular, a los consumidores y pequeños empresarios españoles-⁴⁵⁶.

La crítica no se refiere a los arbitrajes internos, como son éstos, y nada hace pensar que los Tribunales ordinarios sean más favorables al arrendatario que los Colegios Arbitrales, a juzgar por la jurisprudencia liberal que ha imperado, por ejemplo, en tema de cláusulas de estabilización⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ DOMINGUEZ PLATAS J., *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por VALPUESTA FERNANDEZ M. R., cit., pág. 354.

⁴⁵⁶ PANTALEON PRIETO F., «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *LA LEY*, 1989-1, págs. 118 y ss.

⁴⁵⁷ BONET CORREA J., *Los arrendamientos urbanos con renta actualizada*, Aranzadi, Pamplona, 1987, «La validez de las cláusulas actualizadoras de la renta en los arrendamientos

Por lo que respecta al Derecho vigente, la dificultad estriba en que no todos los arrendamientos urbanos constituyen relaciones jurídicas de consumo, lo que depende, como se decía al principio, de si se puede considerar o no al arrendatario como consumidor. Para discutir este punto, hay que hacer también algunas distinciones.

En efecto, es claro que los arrendamientos para uso distinto de vivienda deben quedar excluidos de este tipo de arbitraje. Y ello porque el arrendatario, como en el antiguo supuesto de local de negocio, reintroduce el objeto del contrato, conforme al tenor literal del art. 1.3 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, volcado en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, «en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros»⁴⁵⁸. Sin embargo, mientras esta exclusión comprende todas las hipótesis de arrendamiento de locales para el ejercicio de actividades empresariales, profesionales o de interés general, no es tan absoluta, en cambio, respecto de los arrendamientos celebrados por temporada.

En efecto, parece que los apartamentos turísticos y las viviendas vacacionales, regidos por el Real Decreto 2877/1982 de 15 de octubre, pueden someterse al arbitraje de consumo, por estas dos razones: por un lado, se trata del arrendamiento de viviendas que reúnen las especiales características que fija el texto reglamentario, los cuales constituyen claramente una relación jurídica de consumo que se entabla, según los propios términos del citado texto, entre la empresa explotadora y el usuario (arts. 10, 14.16 y 17 del Real Decreto 2877/1982); y por otro lado, el arrendatario es en este caso el «destinatario final» de los mismos.

Con todo, los demás arrendamientos de temporada deben quedar fuera del arbitraje de consumo por estar destinados a usos distintos del de vivienda. Por el contrario, en lo que concierne a los arrendamientos de vivienda, hay que entender que, en principio, admiten la sumisión a esta clase de arbitraje, puesto que el arrendatario se ha de calificar, por regla general, como consumidor. Y ello, por consideraciones de diverso orden.

Ante todo, y de conformidad con la síntesis unitaria sobre la figura del consumidor que se ha propuesto, el arrendatario satisface con este contrato una necesidad existencial, e incluso primordial, como hace todo consumidor en el mercado, cual es la de habitar⁴⁵⁹.

Lo que resulta corroborado en nuestro Derecho nada menos que por el art. 47 de la Constitución, que consagra el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, el cual, aunque no se mencione

urbanos» y «Renta inicial y renta actualizada como bases del cómputo de las sucesivas revisiones de la renta urbana», *ADC*, 1988, págs. 897 y ss., y 905 y ss.

⁴⁵⁸ GARCIA CANTERO G., *op. cit.*, pág. 2441.

⁴⁵⁹ STANZIONE P., «Per una sintesi unitaria nella difesa del consumatore», *Riv. dir. civ.*, 1994, págs. 887 y ss.

expresamente en el texto definitivo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no sólo es el que justifica la diferencia de trato que la misma confiere al arrendamiento de vivienda⁴⁶⁰, sino que es el que permite excluir de su ámbito a los contratos que no se refieren a una edificación habitable.

Por otra parte, es claro que este arrendatario está comprendido en el Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios puesto que se trata de una persona física que disfruta de un inmueble como destinatario final del mismo.

Como se ha observado, el precepto alude a cualquier contrato que dé lugar al disfrute de una vivienda por parte del consumidor⁴⁶¹, y es indudable que el destino de la vivienda, por imperativo del art. 2.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ha de ser el uso personal, familiar o doméstico del arrendatario, que es el criterio conforme al cual suele delimitarse, conceptualmente, la figura del consumidor final.

Según se ha escrito, con toda razón, «la persona que alquila o subarrienda una vivienda para satisfacer sus necesidades personales y familiares de alojamiento, encaja perfectamente en la definición legal de consumidor. Se trata, en efecto, de las personas físicas que utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes inmuebles, sin integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros»⁴⁶².

En fin, la duda puede surgir cuando se trata de un contrato entre particulares, esto es, un contrato que no enfrenta al arrendatario con un empresario o un profesional, y se ha pensado que este caso debería quedar excluido de la protección acentuada que se confiere al consumidor o usuario. Pero hay varias razones para no compartir tan restrictivo criterio, que en síntesis son las siguientes:

En primer lugar, se trata de un requisito añadido que, aun cuando puede ser habitual en la realidad económica y social, no se ha establecido expresamente por la ya rígida definición legal que se examina, y en cuyo desarrollo se ha constituido, precisamente, el arbitraje especial de consumo.

Esta omisión resulta tanto más elocuente cuanto que en otras normas protectoras de los consumidores se exige de forma explícita que el *partner* contractual sea, cabalmente, un empresario (v. gr. el art. 1.1 de la Ley 26/1991 de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, o el art. 1.1 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo, sobre crédito al consumo).

⁴⁶⁰ LASARTE ALVAREZ C., *Estudio introductorio, Ley de Arrendamientos urbanos* Tecnos legislación, Madrid 1994, pág. 18.

⁴⁶¹ BERCOVITZ R., *La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 257.

⁴⁶² GARCIA CANTERO G., *op. cit.*, pág. 2440.

En segundo término, este añadido introduce, como se ha señalado con acierto, distinciones injustificadas en la forma de concertar el arrendamiento de viviendas, sobre todo que el arrendador debe saber que, por el hecho de celebrar el contrato, entra en el mercado inmobiliario con todas las consecuencias, lo que habilita, al menos, para la aplicación analógica de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Analogía basada en la noción amplia de consumidor del art. 51 de la Constitución, que resulta reforzada por el deber de los poderes públicos, previsto por el art. 9.2 de la Constitución, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, dado que el arrendatario suele encontrarse, igual que los demás consumidores, en las situaciones denominadas de inferioridad, subordinación o indefensión⁴⁶³.

En tercer término, no hay que olvidar que la protección de los consumidores es un principio general de nuestro ordenamiento y por eso se debe presumir que el arrendatario es consumidor, de manera que incumbe al arrendador destruir esta presunción. Por ello, el Presidente de la Junta Arbitral no puede desestimar de oficio la reclamación formulada por el arrendatario, sino que debe dar traslado de la misma al arrendador (desde que así lo dispuso el art. 8.1 del Real Decreto 636/1993); por el contrario, sólo ante la negativa de este último y la prueba de que no concurren en el arrendatario las circunstancias propias del consumidor, podrá ordenar el archivo de las actuaciones (art. 9.2 del Real Decreto 636/1993). Y lo mismo ocurrirá en el respectivo proceso judicial.

Por último, es significativo que el Real Decreto 515/1989 de 22 de junio, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la venta y arrendamiento de viviendas, no sólo comprende los contratos que se estudian, sino que se remite expresamente a los que están sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 1.1.II del Real Decreto 515/1989); por eso, siempre que el arrendamiento se concierte en el marco de una actividad empresarial o profesional -en concreto, a través de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria-, el arrendatario debe calificarse como consumidor.

En conclusión, los arrendamientos urbanos se pueden someter al arbitraje especial de consumo tanto por razón de su objeto como por la modalidad de contratación.

En el primer caso, cabe este arbitraje en los arrendamientos de vivienda, incluidos los apartamentos turísticos y las viviendas vacacionales, pero no las viviendas suntuarias, que sólo se pueden someter al arbitraje ordinario de la Ley de Arbitraje⁴⁶⁴. Y en el segundo caso, se trata de los arrendamientos

⁴⁶³ VATTIER FUENZALIDA C., *Introducción y noción jurídica de consumidor*. Documentos Consumo, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1992, págs. 9 y ss.

⁴⁶⁴ En materia de Arrendamientos Rústicos, ya la Ley de 31 de diciembre de 1980 creó una figura sin precedentes, cuales fueron las denominadas en el art. 121.2 «Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos», arbitraje voluntario que se mantiene en el art. 34 de la vigente Ley de 26 de noviembre de 2003. LETE DEL RIO «*Los arrendamientos rústicos según la Ley de 26 de noviembre de 2003*», Actualidad Civil, 2004.

pactados con arreglo a condiciones generales, a través de contratos de adhesión y de los concertados por mediación de agencias inmobiliarias.

II. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

La vinculación del Derecho mercantil con los sistemas arbitrales ha sido una constante a lo largo de su evolución histórica y se ha dejado sentir con mayor o menor intensidad en todas las épocas, desde que en la Edad Media las *universitates mercatorum* pusieran en manos de árbitros la tarea de interpretar y aplicar las normas consuetudinarias de los comerciantes, *sine strepitu et figura iudicii*. Es un ordenamiento basado en los postulados de la autonomía de la voluntad, que se desarrolla al margen de las legislaciones nacionales de los Estados y participa, en cierto modo, del carácter universal del antiguo Derecho de los mercaderes. En su pretensión de erigirse en el Derecho de la *societas mercatorum* o *business community*, la nueva *Lex mercatoria* recurre a las cámaras arbitrales para ordenar la aplicación de sus reglas, haciendo del arbitraje su jurisprudencia particular.

Durante todo este tiempo, el arbitraje ha pasado por diferentes avatares legislativos, sobreviviendo a las medidas restrictivas adoptadas por los Estados que, con frecuencia, se han mostrado reacios a admitir una técnica «privada» de resolución de conflictos⁴⁶⁵. Pero, atento a la realidad de nuestros mercados, ha sabido demostrar su utilidad y revalidar la confianza de los operadores económicos, aunque en el camino pudiera haber perdido parte de su autonomía natural, para someterse a los controles del Estado de Derecho.

Como ocurre con tantas instituciones jurídicas, la razón de ser de los sistemas arbitrales reside en su propia eficiencia, que en la actualidad, se quiere potenciar con nuevas disposiciones como lo es el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues tanto la mediación con el arbitraje aspiran legítimamente a convertirse en una alternativa real al «monopolio» jurisdiccional de aplicación del Derecho.

La incidencia del arbitraje resulta también particularmente intensa en otros sectores de la actividad empresarial, entre los que se encuentra el Derecho de transportes. La flexibilidad de los sistemas arbitrales favorece la adaptación de las viejas normas jurídicas a la moderna configuración de los transportes y contribuye a su aplicación inteligente a muchos de los problemas e inconvenientes con que se enfrentan estas operaciones en la realidad del tráfico.

De suyo, la mera posibilidad de proceder a la elección de juzgadores cualificados ya permite un mejor aprovechamiento de las ventajas propias de la

⁴⁶⁵ PILOÑETA ALONSO LUIS MANUEL, I Congreso de Derecho del Comercio Internacional, Oviedo 1998.

especialización.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje, contempló, expresamente el arbitraje de consumo y al arbitraje de transporte, poniendo fin a las dudas suscitadas sobre la prematura puesta en marcha del sistema arbitral de consumo. La disposición adicional primera de la Ley la declaró aplicable no sólo al arbitraje de consumo sino también al de transportes terrestres, seguros privados y propiedad intelectual.

Además, el sistema arbitral no resulta tan traumático para las partes como la vía jurisdiccional y favorece el mantenimiento del clima de armonía y confianza que debe presidir el funcionamiento de las relaciones de transporte de carácter estable, dirigidas a la prestación de servicios logísticos o a la creación de redes organizadas.

La especial incidencia de este tipo de arbitrajes en nuestro Ordenamiento, donde cuenta desde hace años con un régimen propio y distinto, cuyas particularidades no han pasado desapercibidas a la doctrina. También, por la propia importancia cuantitativa y cualitativa alcanzada en los últimos años por el tráfico terrestre de mercancías, a lo que se puede añadir además la extraordinaria fuerza expansiva de su normativa legal y contractual, que se han erigido prácticamente en el Derecho común del transporte interior.

Paralelamente y a nivel internacional, el progresivo fortalecimiento de los mercados continentales y la necesidad de dotar a la operatoria de transportes que les sirve de marco de un régimen jurídico adecuado hacen que la Convención de Transporte Internacional de Mercancías (CMR)⁴⁶⁶, por lo que respecta al transporte por carretera, constituyan hoy la disciplina del transporte terrestre transeuropeo.

1. El convenio arbitral de transporte

Lo mismo que cualquier otro arbitraje, el de transportes se fundamenta en la autonomía de la voluntad y presupone la existencia de un acuerdo válido por el que dos o más personas se comprometen a someter la resolución de controversias a la decisión de un tribunal arbitral, al tiempo que renuncian a plantearlas directamente en vía judicial.

La Ley exige que tales cuestiones litigiosas, «surgidas o que puedan surgir» entre las partes, recaigan sobre materias de su libre disposición «conforme a derecho». La contratación de operaciones de transporte de mercancías constituye, en principio, una de esas materias disponibles, sin que desde un punto de vista jurídico haya razones para considerar inarbitrable una relación tan típicamente mercantil, cuyo contenido depende antes que nada de la efectiva voluntad de las partes.

⁴⁶⁶ España se adhirió al Convenio de 19 de mayo de 1956 sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), por Instrumento de 12 de septiembre de 1973.

Los convenios arbitrales no escapan a la aplicación de las normas y postulados limitativos de la autonomía de la voluntad tendentes a equilibrar el poder de negociación de ambos contratantes y a proteger, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, los intereses de la parte más débil. Del respeto a estos principios dependerá la validez y eficacia de los pactos de sumisión a arbitraje.

En particular, la legislación imperativa de consumo ha restringido la posibilidad de recurrir al arbitraje para la resolución de controversias derivadas de los contratos celebrados con consumidores o usuarios. La medida afecta del mismo modo a los arbitrajes pactados en el marco de las relaciones de transporte en que intervienen personas con la condición legal de usuarios del transporte ya definidos en la Ley General 26/1984 como las personas que utilizan o disfrutan estos servicios como destinatarios finales.

El Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios exigió (art. 80) para la eficacia de los convenios arbitrales en este ámbito que, además de reunir los requisitos que para su validez requieren las leyes, sean claros y explícitos.

Así, fuera de los arbitrajes legales establecidos para la resolución de este tipo de controversias, en los contratos de transporte en que intervengan personas con la condición legal de usuarios, sólo se admitirán los compromisos arbitrales que hayan sido realmente negociados y pactados por las partes, pues de otra manera serían consideradas cláusulas abusivas (art. 82 TRLCU).

La Ley prohíbe con carácter general la utilización de cláusulas de adhesión por las que el empresario impone al usuario de transportes la sumisión a arbitrajes distintos de los que expresamente se mencionan en el precepto. Detrás de esta prohibición late la idea de que el recurso a estos arbitrajes no garantiza la correcta aplicación de la normativa imperativa dictada en defensa de los intereses de consumidores y usuarios.

La sanción legal de nulidad no alcanza, sin embargo, a los supuestos en que el pacto de sumisión a arbitraje haya venido precedido de una negociación específica entre las partes. Corresponderá al empresario que afirma su índole comercial la prueba de que la cláusula arbitral no ha sido impuesta sino adoptada de común acuerdo por los contratantes.

La legislación de consumo apostó decididamente (arts. 57 y 58 TRLCU) por la implantación de un sistema arbitral específico, y por lo que se respecta al sector de los transportes terrestres, el arbitraje ha venido desempeñando tradicionalmente un importante papel en orden a la resolución de controversias derivadas del cumplimiento de los contratos relativos, reforzado por la instauración de unas Juntas Arbitrales del Transporte y el establecimiento de un régimen especial de sumisión.

Dichas Juntas constituyen uno de esos «órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales» para un sector específico a los que aludía la Disposición adicional primera de la Ley de Consumidores y Usuarios.

En principio, los convenios arbitrales de transporte deberán cumplir los requisitos generales que establecen las leyes. Lo mismo que cualquier otro convenio arbitral, el de transporte podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incorporada a otro contrato (normalmente de transporte) o bien configurarse como un acuerdo propio y distinto. Además, puede venir referido tanto a futuras controversias de transporte como a litigios ya existentes.

Por regla general, los distintos Ordenamientos estatales y la normativa convencional internacional en la materia suelen exigir como garantía probatoria que el compromiso arbitral se documente por escrito, aunque se tiende a admitir también la validez de los pactos contenidos en otros medios que puedan servir de soporte a la voluntad explícita de someterse a arbitraje. Esta es la línea seguida por nuestra Ley de Arbitraje, al disponer que el requisito de la formalización por escrito se cumple no sólo cuando el pacto de sumisión a arbitraje aparezca consignado en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de un intercambio de cartas y, en general, de cualquier medio que deje constancia documental del hecho de la sumisión. La forma del convenio arbitral reviste una importancia fundamental en la medida en que viene a acreditar la voluntad efectiva de las partes de renunciar a la vía jurisdiccional, así como la existencia del acuerdo de someter a arbitraje la resolución de sus conflictos.

En la práctica, no es infrecuente que una cláusula de sumisión a arbitraje de transportes haya sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos y adopte la forma de condición general de contratación que una de las partes impone a la otra. Nada obsta a la validez de este tipo de cláusulas en el ámbito de las relaciones entre empresarios, siempre que cumplan los requisitos establecidos por la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

En estos casos, la cualidad de predisponente o de adherente puede corresponder indistintamente al porteador o al remitente de las mercancías.

En principio, tales condiciones generales no podrán ser declaradas abusivas, porque dicho carácter tan solo se predica de las que se utilizan en los contratos en que toman parte personas con la condición legal de consumidores o usuarios, aunque exista la posibilidad de extender analógicamente la aplicación de estas reglas a otros contratos, en defensa del contratante débil.

En lo demás, la Ley se limita a decretar la nulidad de las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en alguna norma de carácter imperativo o prohibitivo (cuando la misma no establezca un efecto distinto para el caso de contravención).

La otra cuestión que plantea el empleo de condiciones generales de sumisión a arbitraje de transportes hace referencia a su régimen de inclusión en el contenido de los contratos. La inclusión o incorporación al contrato de este tipo de cláusulas se regirá básicamente por lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

En primer lugar, deberán estar redactadas (art. 5.4) con arreglo a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, sancionándose con la no incorporación aquellas condiciones que resulten ilegibles, oscuras e incomprensibles (art. 7.2).

Dicha incorporación deberá ser aceptada por el adherente, que habrá de ser debidamente informado de su existencia (de la que ha de quedar constancia en el contrato), teniendo derecho, además, a que se le entregue o facilite un ejemplar de las mismas, por tratarse de contratos que normalmente se formalizan por escrito, conforme se establece en la Ley (art. 5.1, 2 y 3).

Las cláusulas de sumisión a arbitraje incluidas en las condiciones generales de contratación sólo vincularán al adherente cuando conste explícitamente que el mismo ha consentido su incorporación al contrato. En caso contrario, su carácter será el de meras propuestas de arbitraje formuladas por el predisponente y no podrá hablarse de convenio arbitral por falta de aceptación de la otra parte. El empleo de este tipo de cláusulas en los condicionados generales, lo mismo que su utilización publicitaria vincula al empresario y, aunque no se incorporen a la relación contractual, siempre podrán ser aceptadas por el adherente en un momento posterior. En consecuencia, la presentación de una reclamación arbitral por parte del mismo debe interpretarse como una aprobación (a posteriori) de la propuesta arbitral, sin que sea lícito al predisponente alegar la inexistencia de convenio entre las partes.

El establecimiento por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de un arbitraje institucional para conocer específicamente de las disputas derivadas de la contratación de este tipo de operaciones ha venido acompañado también de la instauración de un nuevo régimen de sumisión, basado en la voluntad presunta de las partes y sin necesidad de acuerdo expreso.

La Ley (art. 38) da por supuesta la existencia de un pacto de sometimiento a las denominadas Juntas Arbitrales del Transporte, siempre que la cuantía de la controversia no exceda de determinada suma de dinero y ninguno de los intervinientes en la relación de transporte haya manifestado su oposición al arbitraje. Aunque se trata casi más de una ficción legal que de una auténtica presunción (que en todo caso será *iuris tantum*), ello no debe hacer olvidar la verdadera y última naturaleza convencional del arbitraje.

Ahora bien, más allá de la vigencia del régimen presuntivo de la Ley de Ordenación, la sumisión al arbitraje de las Juntas del Transporte requerirá la existencia de un acuerdo real y efectivo entre quienes sean parte en la relación contractual, que deberá cumplir en todo los requisitos establecidos con carácter general por la Ley de Arbitraje.

El convenio arbitral de transporte se perfila, de este modo, como un pacto contractual autónomo, del que surge una relación jurídica distinta del vínculo (en este caso de transporte) que pueda mediar entre quienes lo celebran, por más que coincidan en el tiempo o se hayan formalizado en un mismo documento. A pesar de la estrecha conexión que pueda haber entre uno y otro,

su contenido es diferente y no debe confundirse. Si el contrato de transporte es aquel por el que un empresario se obliga a realizar las operaciones necesarias para trasladar de lugar cosas o personas bajo su cuidado, contra el pago de un precio, en virtud de un convenio arbitral dos o más personas se comprometen a someter a arbitraje todas o parte de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, en el marco de sus relaciones jurídicas, tanto contractuales como extracontractuales.

2. Destinatario

En los contratos de transporte de mercancía en que aparece como destinatario de la mercancía una persona distinta de quien la remite, se plantea la cuestión de determinar si la existencia de un convenio arbitral (expreso o presunto) entre remitente y porteador puede afectar también al destinatario o consignatario de la remesa. La respuesta a esta pregunta depende no sólo del modo en que se conciba la conexión entre el pacto de sumisión a arbitraje y el contrato de transporte, sino también de la posición que dentro de éste se atribuya al destinatario.

Si se considera que el destinatario es un mero sucesor del remitente, cuya posición en la relación de transporte deriva en todo de la de éste, su condición será la de un cesionario y, en cuanto tal, tendrá que asumir también las consecuencias del convenio arbitral celebrado por su causante. Ahora bien, jurídicamente, las cosas no son exactamente así. El fundamento de la posición jurídica del destinatario de la mercancía reside en su propia voluntad de aceptar los términos del contrato de transporte celebrado por el remitente y el porteador. El estatuto jurídico de la figura es de naturaleza negocial y depende básicamente de las estipulaciones de porteador y remitente.

Por otra parte, la distinción entre contrato de transporte y convenio arbitral permite afirmar ahora que la aceptación del transporte por parte del destinatario no conlleva necesariamente la del arbitraje comprometido entre el remitente y el porteador. Ello no obstante, en el ámbito de la legislación de transporte terrestre, habrá que contar con que la presunción legal de que dicho compromiso existe y puede afectar también en determinados supuestos al destinatario, a menos que manifieste expresamente su oposición al arbitraje.

Lo que no cabe aplicar, sin embargo, es la limitación temporal que fija la Ley de Ordenación (art. 38.1.3)⁴⁶⁷ al exigir que esa declaración de voluntad contraria al arbitraje tenga que producirse «antes del momento en que se inicie o debería – *rectius debiera*– haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado».

Este requisito no puede imponerse a quien acepta tomar parte en la relación una vez comenzada la ejecución del transporte. Lo lógico será permitir que el

⁴⁶⁷ El párrafo 3º del número 1 del artículo 38 ha sido redactado por el artículo primero de la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transportes, que modifica parcialmente la LOTT.

destinatario se oponga al arbitraje en el momento de recibir las mercancías, haciéndolo constar así en la documentación contractual.

En los demás casos, cuando no rija la presunción legal, la aceptación del compromiso arbitral por parte del destinatario deberá ajustarse en todo a lo dispuesto en nuestra Ley de Arbitraje, siempre que venga en aplicación el Derecho español.

Por la misma razón, la firma de un recibí o la devolución al porteador del título contractual no han de equipararse sin más a la aceptación del arbitraje.

Para que estos actos «de transporte» produzcan un «efecto arbitral» es menester que tales documentos dispongan claramente que, con su aceptación del transporte, el destinatario consienta en someterse a arbitraje.

Esto supone también admitir la posibilidad de que se produzca un rechazo. Para impedir esta situación, el contrato de transporte puede condicionar la entrega efectiva de la mercancía al destinatario (y con ello su derecho a recibirla en el lugar de destino en las condiciones descritas en la carta de porte) a la aceptación por parte del mismo de la cláusula de sumisión a arbitraje. Como consecuencia de ello, el destinatario tendrá que renunciar a la vía jurisdiccional y aceptar el arbitraje si quiere tomar parte en el contrato, porque su negativa equivaldrá a un rechazo de la mercancía.

Tal planteamiento general debe matizarse, sin embargo, a la luz de nuestra legislación de consumo. Como se ha visto, la voluntariedad del arbitraje adopta un cariz especial cuando una de las partes mantiene una posición de manifiesta desigualdad respecto a la otra y el Derecho protege su buena fe mediante la promulgación de normas imperativas.

3. Sumisión a arbitraje con pluralidad de porteadores

En la práctica, muchas operaciones de transporte se llevan a cabo mediante la intervención (sucesiva o simultánea, programada o no, eventual o basada en un acuerdo de colaboración estable) de varios porteadores. En estos casos, la propia interconexión que existe entre las prestaciones asumidas por los intervinientes hace que las vicisitudes de la operación puedan afectar al mismo tiempo a varios de ellos.

Por la misma razón, no siempre resultará fácil circunscribir los conflictos y referir las pretensiones derivadas de estos transportes a uno solo de los empresarios partícipes. Es más, a la vista de las circunstancias, es posible que la adecuada resolución de estas controversias pase precisamente por la acumulación en un mismo proceso de las diversas cuestiones objeto de litigio.

En el ámbito jurisdiccional, la concurrencia de pretensiones se resuelve mediante el recurso a fórmulas procesales como el ejercicio conjunto de acciones por una misma persona o la acumulación de autos. Al propio tiempo, los conflictos con pluralidad de parte dan lugar a situaciones de litis-consorcio,

ya sea voluntario o necesario.

La adopción de medidas tendentes a la reunión de pretensiones y, en general, a evitar la «división de la continencia de la causa» resulta más problemática cuando se trata de la resolución arbitral de controversias. El carácter estrictamente voluntario del arbitraje impide la utilización de aquellas fórmulas procesales más allá del ámbito subjetivo propio de cada convenio.

En general, habrá que estar al contenido y alcance de los pactos de sumisión a arbitraje suscritos por las partes, en el justo marco siempre sus relaciones de transporte.

La sucesiva intervención de empresarios de transporte puede deberse, en primer lugar, a la celebración por el interesado en la remesa de la mercancía o por el encargado de expedirla de varios contratos de transporte independientes, en cuyo caso, la competencia arbitral dependerá de lo estipulado con cada uno de los porteadores al contratar el traslado de las mercancías a través de las diversas fases del trayecto. La fragmentación jurídica de estas operaciones hace que el arbitraje se limite a las controversias que puedan suscitarse en el ámbito subjetivo propio de cada convenio arbitral.

Por contra, tratándose de un contrato de transporte combinado o cumulativo (en el sentido paradigmático del artículo 373 del Código de Comercio), la cláusula de sumisión a arbitraje puesta en el título contractual afectará por igual a todos los porteadores sucesivos, en la medida en que se vayan haciendo cargo de la mercancía y asumiendo la realización de la operación, conforme a lo establecido en el referido documento. La aceptación por los porteadores del compromiso arbitral estará unida a la del propio contrato.

La integración jurídica de estas operaciones de transporte facilita la extensión del convenio arbitral a todos los porteadores, sin que ello suponga negar a cada uno de ellos la posibilidad de sustraerse a sus efectos, mediante la formulación de la oportuna reserva o declaración en contrario. El régimen presuntivo de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestre producirá el mismo resultado en relación a las operaciones de transporte combinado que se desarrollan dentro de su ámbito de vigencia.

El pacto de arbitraje que acompaña a un contrato global de transporte, en cuya virtud un porteador se hace cargo de la totalidad de las operaciones necesarias para el traslado de la mercancía, con independencia de los empresarios que hayan de participar en su ejecución y las modalidades por las que se lleve a cabo, vinculará a quienes lo hubieran celebrado, en el justo marco de su relación. Esto significa que, en principio, no tiene porqué afectar a los terceros en quienes el porteador contractual delega la ejecución de la operación de transporte. Ello no impide, sin embargo, que dicho porteador, al subcontratar con aquéllos y en el justo marco de sus relaciones con ellos, suscriba nuevos compromisos arbitrales. Si el primer remitente (que lo es de toda la operación) pretende actuar directamente contra estos subporteadores, acudiendo por ejemplo a la vía extracontractual, no podrá prevalerse de estas cláusulas, como consecuencia de la propia relatividad de los compromisos arbitrales.

En tales supuestos, el primer pacto arbitral celebrado por el remitente no es oponible sin más a los subportadores, del mismo modo que el suscrito por éstos tampoco resultará oponible a aquél, salvo que se hubiera producido una cesión.

Este principio vale también cuando se reclame directamente por o contra cualesquiera personas (esto incluye también a sus colaboradores dependientes) que hubieran auxiliado al porteador en el cumplimiento de su prestación de transporte.

Los sistemas arbitrales han de adaptarse a las exigencias propias de este tipo de operaciones ofreciendo a las partes un método seguro y eficaz de impartir justicia y poner orden en la ejecución de sus distintas fases.

La solución puede llegar a través de vías diferentes. Llegado el caso, la relatividad de los convenios arbitrales no impedirá a las partes extender su aplicación a todas las relaciones, aprovechando las ventajas que indudablemente ofrece el arbitraje a la resolución de controversias de transporte.

Siempre cabe la posibilidad de que los interesados (actuando a instancia del remitente o del encargado de planificar y organizar la operación) hayan incluido en sus contratos la misma cláusula de sumisión a arbitraje, que dote de la necesaria homogeneidad a este método de resolución de controversias.

Otras veces, el pacto de sumisión podrá celebrarse (en todo o en parte) con posterioridad al surgimiento del conflicto y revestir la forma de un acuerdo de carácter multilateral entre las personas implicadas; también podrá consistir, en su caso, en el establecimiento de un sistema de conexión entre los diversos regímenes arbitrales adoptados por las partes.

A lo largo de estos procesos de consolidación del arbitraje, no cabe desechar tampoco la posibilidad de que las partes recurran a la intervención jurisdiccional para solucionar los especiales problemas de formalización que acompañan a este tipo de arbitrajes.

El objetivo final será la consecución de un arbitraje de carácter multilateral, que permita el tratamiento conjunto, ante un mismo tribunal y en un único proceso, de las controversias que puedan surgir con ocasión del cumplimiento de aquellas operaciones de transporte que, por una u otra razón, afectan a una pluralidad de personas.

4. Cesión de derechos en el convenio arbitral

En principio, nada cabe oponer a la posibilidad de que la cesión a un tercero de derechos de crédito derivados de un contrato de transporte alcance también al pacto de sumisión a arbitraje suscrito para la resolución de controversias relacionadas con el mismo. La transmisión voluntaria de derechos constituye un supuesto relativamente frecuente en la moderna operatoria de transportes.

Es lo que sucede, por ejemplo, cuando un empresario de expediciones encargado de organizar la remesa de mercancías por cuenta de su principal o, en general, cualquiera que haya contratado una operación de transporte en nombre propio y por cuenta ajena transmite a su comitente los derechos y las acciones derivados de tales contratos.

Con ello, lo que se pretende es que sean los afectados por la situación de incumplimiento quienes se ocupen de llevar a cabo las oportunas reclamaciones en defensa de sus intereses. Suponiendo que, al contratar el transporte, estos comisionistas de expedición hubieran aceptado someterse a arbitraje, a nadie puede extrañar que pretendan luego trasladar a sus comitentes, junto con los derechos derivados del contrato, el beneficio de no tener que acudir a la vía procesal para solventar las controversias que puedan surgir en el ámbito de la relación.

Lo propio cabe decir del supuesto en que el destinatario proceda a negociar la carta de porte para transmitir la mercancía a un tercero, junto con el derecho contractual a recibirla en el lugar de destino y en las condiciones descritas en el título del transporte. En este caso, habrá que decidir si entre los derechos del nuevo destinatario de la mercancía figura también el de someter a arbitraje la resolución de eventuales litigios de transporte.

La cesión a otro del derecho a acudir a arbitraje debe excluirse, sin embargo, en los casos en que el convenio arbitral tenga carácter personalísimo y haya sido suscrito por la contraparte en atención a las especiales cualidades de su interlocutor, con ocasión especialmente de la celebración de contratos de transporte que participen, a su vez, de esa misma naturaleza.

Por regla general, el elemento personal ocupa un segundo plano en la operatoria de transportes y, aunque tiende a acentuarse en las relaciones estables entre empresarios, no llega a afectar normalmente a la ejecución de las prestaciones.

Por el contrario, la utilización de cláusulas de sumisión a arbitraje bajo forma de condiciones generales de contratación o la propia existencia de un régimen legal de sumisión a arbitraje basado en la voluntad presunta de las partes como el establecido por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres no dejan de ser buenos indicadores de la «despersonalización» que suele caracterizar a estos arbitrajes.

Así las cosas, de lo que se trata es de analizar las vicisitudes del pacto de sumisión a arbitraje cuando cualquiera de los que lo hayan suscrito ceda a terceros, en todo o en parte, sus derechos en la relación de transporte que le sirve de marco.

La autonomía que se ha reconocido al convenio arbitral hace que, en principio, la cesión de derechos y acciones derivados del transporte no tenga porqué extenderse al compromiso asumido por el cedente en orden a la resolución arbitral de las controversias.

Para que se transmitan también derechos arbitrales es menester que así lo acuerden cedente y cesionario. Pero aun en ese caso, los efectos de la cesión alcanzarán únicamente a la facultad del primero de acudir a la vía arbitral en el marco del convenio que tenga suscrito, quedando además vinculado el cesionario por la renuncia de su causante a plantear el litigio ante los tribunales de justicia. Sin embargo, permanecerán inalteradas las obligaciones personales asumidas por el cedente al contratar el transporte y su compromiso de aceptar la resolución arbitral de las controversias a que puedan dar lugar. La transmisión voluntaria al cesionario de tales obligaciones no sería posible sin contar con la anuencia del acreedor.

La conexión entre la relación de transporte y el convenio arbitral se plantea de otro modo en los casos de sumisión presunta al arbitraje establecido por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. La especial configuración jurídica de estos arbitrajes hace que la cesión de derechos de transporte suponga también la sumisión al régimen de las Juntas Arbitrales del Transporte, a menos que se disponga otra cosa.

Existiendo sumisión a arbitraje, la transmisión a un tercero de derechos y acciones derivados de un contrato de transporte, cuando no vaya acompañada de ningún efecto propiamente arbitral, puede vaciar de contenido (al menos parcialmente) el pacto de arbitraje suscrito y privar a la parte, que no ha intervenido en la cesión, de su derecho a resolver por esta vía los conflictos que puedan suscitarse con ocasión del cumplimiento de las prestaciones objeto de los créditos cedidos.

Si esto se traduce en un daño, no será fácil negar al perjudicado la posibilidad de dirigirse frente al cedente, por haber propiciado la inaplicación del pacto de sumisión a arbitraje.

Sobre todo, cuando en dicho pacto se haya hecho constar la obligación recíproca asumida por ambas partes de que la eventual cesión a un tercero de derechos conlleve también la del compromiso de proceder arbitralmente a solventar las controversias relacionadas con los mismos.

La cuestión se plantea de forma diferente cuando la transmisión de derechos y consiguiente subrogación de un tercero en el lugar del contratante del transporte sometido a arbitraje no se produce por la mera voluntad de las partes sino en virtud de lo dispuesto en las leyes.

En estos casos, habrá que atender al modo en que tales normas delimitan el contenido y alcance de lo que, en su virtud, se transmite y se adquiere. El propio Código Civil (art. 1.212) establece que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una compañía aseguradora, después de haber indemnizado el daño del asegurado, decide subrogarse en los derechos y acciones que el mismo tuviere, por razón del siniestro, frente a las personas responsables de aquél y hasta el límite de la indemnización satisfecha.

La Ley del Contrato de Seguro se refiere genéricamente a los derechos y acciones del asegurado, sin circunscribirlos al ámbito de una concreta relación,

por lo que han de considerarse incluidos todos los que correspondan al asegurado como consecuencia del siniestro, sin excluir los derivados del compromiso arbitral que pueda haber suscrito con el responsable del daño (art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro).

La solución será básicamente la misma en los supuestos de transmisión mortis causa de derechos y obligaciones. El heredero sucede a su causante en todos los derechos y obligaciones de que fuera titular, salvo los que, por su naturaleza, por pacto o por disposición de la Ley no fueran transmisibles. Por consiguiente, quien suceda a otro por causa de muerte pasará a ocupar su lugar tanto en sus relaciones de transporte como en los convenios arbitrales que hubiera suscrito para proceder a la resolución de los conflictos que pudieran derivar de su cumplimiento.

5. Régimen de las Juntas Arbitrales de Transporte

La aplicación arbitral del Derecho de transportes corre a cargo, fundamentalmente, de las Juntas Arbitrales del Transporte reguladas en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 y su Reglamento de desarrollo⁴⁶⁸.

La institución no fue creada ex novo por el legislador de 1987 y encuentra su antecedente en las llamadas Juntas de Detasas, instauradas durante la Segunda República por una Ley de 18 de julio de 1932.

Las Juntas de Detasas surgieron a instancia de las compañías de ferrocarriles para atender las reclamaciones a que daba lugar el ejercicio de su actividad y tratar de evitar los inconvenientes de la litigiosidad. En un principio, desempeñaron funciones de carácter meramente conciliatorio. Posteriormente, una Ley burgalesa de 29 de junio de 1938 les atribuyó competencias arbitrales, aunque limitadas al ámbito ferroviario, que ese mismo año se ampliaron también a los transportes por carretera en virtud del Decreto de 20 de octubre de 1938.

Estas normas presentaban a las Juntas Arbitrales como herederas de aquellos «Tribunales de Comercio» que, durante siglos, se encargaron de dirimir las disputas mercantiles, hasta su abolición por el Decreto de Unificación de Fueros de 1868. Posteriormente, un Decreto-Ley (de 2 de septiembre) de 1947 les atribuyó competencia para conocer y fallar con fuerza ejecutiva en las reclamaciones derivadas del contrato de transporte por ferrocarril y por carretera.

⁴⁶⁸ Reglamento aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, cuyo artículo 9 ha sido redactado por el número seis de artículo único del Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre que modifica el anterior.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, las Juntas perdieron sus funciones pseudojurisdiccionales, manteniendo tan sólo las conciliatorias. Un Real Decreto de 6 de junio de ese mismo año creaba las «Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre», que no llegarían nunca a constituirse.

Así las cosas, las Juntas de Detasas, carentes de dotación presupuestaria adecuada, llegaron moribundas a la reforma de 1987, especialmente desde que la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuyó a la conciliación carácter voluntario. Esta era la situación cuando la Ley de 30 de julio de 1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, instauró las Juntas Arbitrales del Transporte, permitiendo la Ley Orgánica 5/1987 que su gestión estuviera a cargo de las Comunidades Autónomas.

En la actualidad, las Juntas Arbitrales del Transporte funcionan en nuestras diecisiete Autonomías. El legislador atribuyó a estas Juntas una amplísima competencia, guiado sobre todo por la idea de descargar a los Tribunales de Justicia de buena parte de los conflictos (menores) que suscitan este tipo de contratos.

Después de fijar su estatuto básico (art. 37) y de otorgarles la función de decidir, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera (art. 38.1).

La Ley dispuso también (art. 38.2) que, salvo pacto expreso en contrario⁴⁶⁹, tales controversias quedarán sometidas al arbitraje de las Juntas siempre que su cuantía no excediera de quinientas mil (500.000) pesetas⁴⁷⁰.

En su nueva redacción, la Ley de Ordenación supedita el arbitraje de las Juntas a la voluntad de los interesados y, más concretamente, a la existencia de un

⁴⁶⁹ Al hacerlo, incurrió en evidente inconstitucionalidad, porque la exigencia de un acuerdo para excluir la vía arbitral venía de facto a negar el derecho a la tutela judicial efectiva y así lo declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 174/1995, de 23 de noviembre relativa a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos y el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona. Este fallo motivó la reforma en 1996 del artículo 38 de la Ley de Ordenación (que se llevó a cabo por la Ley 13/1996, sobre Medidas de Política económica fiscales, administrativas y de orden social).

⁴⁷⁰ SAP de Zaragoza, Secc. 4ª de 21 de enero de 2003. El acreedor puede instar arbitraje por la totalidad de las deudas o por cada una de las facturas que se adeudan, no siendo fraudulento el ejercicio individual de cada una de las facturas para no superar los límites establecidos para acudir al arbitraje. Los acuerdos de la Junta Arbitral se toman por mayoría simple, siendo válidos los acuerdos tomados con ausencia de alguno de los árbitros mientras que el ausente no coincida con la persona del Presidente. SAP de Madrid, Secc. 14ª de 20 de enero de 1999. Anulación del laudo dictado por la Junta Arbitral de Transportes obtenido fraudulentamente por exceder, en realidad, la cuantía de la reclamación del límite hasta el que no es preciso pacto expreso de sumisión a arbitraje, considera la necesidad de pacto expreso para someter a arbitraje las reclamaciones que excedan de 500.000 pesetas.

acuerdo arbitral entre ellos.

No cabe duda del carácter arbitral de la función que, en orden a la resolución de controversias mercantiles surgidas en el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre, tienen encomendada las Juntas Arbitrales del Transporte. Se trata, eso sí, de una modalidad de arbitraje institucional atribuido legalmente a un organismo vinculado con la Administración Pública.

De ahí que la propia Ley de Arbitraje establezca (D.A. primera) que sus normas vendrán en aplicación, entre otros, al arbitraje de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, al tiempo que afirma su carácter gratuito y exime a los laudos dictados por las Juntas Arbitrales del Transporte del requisito de la protocolización notarial.

La competencia material de las Juntas Arbitrales del Transporte se extiende legalmente (art. 38.1) a las controversias de carácter mercantil surgidas en el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y en relación con los demás contratos celebrados por transportistas o empresarios de actividades auxiliares y complementarias del transporte, cuyo objeto esté directamente relacionado con la realización por cuenta ajena de servicios que, conforme a lo previsto en la Ley, «se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial».

El Reglamento se ocupa también de regular la organización interna de las Juntas Arbitrales, que se compondrán de un Presidente así como de un mínimo de dos y un máximo de cuatro Vocales, cuya designación correrá a cargo de la Comunidad Autónoma competente. Cada Junta estará asistida por un Secretario, pudiendo adscribirse, además, a la misma el personal auxiliar que resulte preciso para su funcionamiento. El cargo de Presidente deberá recaer en un miembro de la Administración con el título de Licenciado en Derecho y conocimientos en materia de transporte.

De las dos vocalías obligatorias, la primera se atribuirá a un representante de los cargadores o, en su caso, de los usuarios. Para ello, se designará una persona a propuesta de las asociaciones de cargadores o de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que corresponda (conforme determine la Administración) y otra, a propuesta de las asociaciones representativas de usuarios del transporte. La segunda vocalía obligatoria se conferirá a un representante de los empresarios de transporte o de actividades auxiliares y complementarias del mismo, nombrado por indicación del órgano institucionalizado de los empresarios de transporte en la Comunidad Autónoma; en su defecto, de las asociaciones representativas del sector en dicho territorio o del Comité Nacional del Transporte por Carretera, y de RENFE u otras empresas ferroviarias. También podrán designarse suplentes, tanto del Presidente como de los Vocales y del Secretario de la Junta.

La composición de la Junta para conocer de un determinado asunto se decidirá, en cada caso, en función de los sectores afectados por la controversia.

La Junta que haya de resolver litigios entre empresarios de transporte y usuarios, en el sentido de la legislación general de consumidores, reservará una de sus vocalías obligatorias a un representante de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, designado a instancia del Consejo de Consumidores, con arreglo a lo establecido por el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio que reguló el derecho de representación consulta y participación de los consumidores a través de sus asociaciones.

Esta previsión viene a confirmar la competencia a las Juntas Arbitrales del Transporte en materia de consumo, ejerciendo funciones (en el ámbito de los transportes) paralelas a las que se atribuyen a las denominadas Juntas Arbitrales de Consumo, coexistiendo los arbitrajes de consumo y transportes⁴⁷¹.

La competencia territorial de cada una de las Juntas Arbitrales del Transporte (art. 7 del Reglamento) vendrá determinada por el origen o destino del transporte o bien por el lugar de celebración del contrato, a elección del reclamante, salvo que las partes hubieran pactado válidamente por escrito la sumisión a una determinada Junta. En caso de que un mismo conflicto se plantee simultáneamente ante varias Juntas, será competente la que viniere conociendo con anterioridad, debiendo las demás abstenerse de enjuiciar hechos idénticos.

Los miembros de las Juntas del Transporte podrán ser recusados por las mismas causas que los Jueces, conforme a lo dispuesto en la legislación de arbitraje. Al haber sido nombrados administrativamente y sin intervención de las partes, dicha recusación podrá fundarse tanto en motivos anteriores como posteriores al momento en que reciben el encargo de fallar en un determinado asunto.

Sobre los árbitros pesa también el deber legal de manifestar las circunstancias que puedan determinar dicha recusación, tan pronto como las conozcan y, en su caso, abstenerse de intervenir en la controversia.

El procedimiento arbitral deberá instarse por el interesado mediante escrito firmado, en el que se expondrán los hechos y fundamentos de Derecho en que basa su reclamación y se propondrá la práctica de las pruebas que se consideren oportunas (art. 9 Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres (RDOTT)). La Junta apreciará de oficio su propia competencia objetiva y territorial para conocer de la controversia y, en caso afirmativo, comunicará a las partes la aceptación del arbitraje.

Dada la configuración legal de esta modalidad arbitral, dicha aceptación será para las Juntas del Transporte un acto debido cuando se den los requisitos que determinan su competencia. La notificación al demandado puede hacerse coincidir con la remisión al mismo por parte de la Secretaría de una copia del escrito de reclamación, al tiempo que se señala fecha para la vista.

⁴⁷¹ CASAS VALLE R. *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid 1992, pág. 762.

La aceptación obliga a los árbitros a cumplir fielmente su encargo, incurriendo si no lo hicieren en responsabilidad por los daños y perjuicios que causen mediando dolo o culpa.

El Reglamento de Ordenación establece (art. 9.4) que la vista será oral y que, en ella, los litigantes podrán formular las alegaciones y aportar o proponer la práctica de aquellas pruebas que consideren adecuadas. La ausencia del reclamante se tendrá por desistimiento, mientras que la del demandado no impedirá la prosecución del arbitraje.

Para actuar ante las Juntas no se requiere la asistencia de Abogado ni de Procurador, pero se admite que los litigantes puedan confiar la defensa de sus intereses a un tercero, confiriéndole su representación por medio de un escrito (firmado) dirigido a la Junta.

El primer argumento de oposición del demandado será, lógicamente, la falta de competencia objetiva o territorial de la Junta Arbitral, así como la inexistencia, nulidad o ineficacia del convenio arbitral. Si aprecia motivos para ello, podrá asimismo instar la recusación de cualquiera de los miembros del colegio arbitral.

Durante la vista, el Presidente exhortará a los litigantes para que lleguen a un acuerdo y, en caso contrario, ordenará que prosiga la vista. Cada parte expondrá entonces sus posiciones y se fijarán los términos de la litis, sobre los que habrá de pronunciarse finalmente la Junta Arbitral. Acto seguido, aportarán o propondrán la práctica de las pruebas que sirvan de base a sus alegaciones.

La Junta admitirá todas las que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. A su vez, podrá acordar de oficio la práctica de otras. La celeridad que debe presidir las actuaciones arbitrales hace que, de ser posible, las pruebas hayan de desarrollarse en el acto de la vista o, cuando no pudieren serlo, posteriormente a la mayor brevedad. Oídas las partes y practicada la prueba, dice el Reglamento de Ordenación que la Junta dictará su laudo en la misma sesión, a no ser que la naturaleza de aquélla hubiera impedido llevarla a cabo en el propio acto.

Aunque no se han fijado plazos para la realización de estos trámites, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación general de arbitraje, las Juntas dispondrán de seis meses para pronunciarse. El incumplimiento de este plazo dejará sin efecto el convenio arbitral y permitirá a las partes acudir a la vía judicial para dirimir la controversia.

En caso de que haya de procederse a la sustitución de alguno de los miembros de la Junta, se volverán a practicar todas las pruebas, salvo que el nuevo árbitro se considere suficientemente informado con la sola lectura de las actuaciones.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje y a falta de disposición en contrario o pacto expreso de las partes, las Juntas del

Transporte llevarán a cabo un arbitraje de equidad, resolviendo los litigios según su leal saber y entender.

Esta circunstancia conferirá a los árbitros un mayor grado de libertad a la hora de fundamentar sus fallos, que no habrán de sujetarse al tenor de los preceptos de Derecho que puedan venir en aplicación al caso.

El laudo arbitral se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta y sólo la falta de asistencia del presidente impedirá su pronunciamiento. El presidente será también quien dirima con su voto de calidad los empates que puedan producirse.

Aunque no requiere protocolización notarial, la sentencia arbitral deberá formalizarse por escrito y expresar al menos las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una relación sucinta de las pruebas practicadas, las alegaciones realizadas por los litigantes y el fallo o decisión arbitral. El laudo versará en todo caso sobre las cuestiones objeto de controversia, salvo que fueran inarbitrables, y no incluirá aspectos que no hayan sido sometidos a arbitraje por las partes.

En el plano estrictamente jurídico, no podrá resultar en ningún caso contrario al orden público. El documento que lo contenga deberá estar firmado por los miembros de la Junta, pudiendo hacerse constar en él la opinión discrepante de cualquiera de ellos mediante la emisión del correspondiente voto particular.

El Reglamento de Ordenación dispone que la gratuidad de estos arbitrajes no alcanza a los gastos generados como consecuencia de la actividad probatoria, al tiempo que se remite a la legislación general de arbitraje en relación al pago de las costas. Por costas han de entenderse únicamente, las derivadas de la práctica de la prueba. De acuerdo con esto y salvo que las partes convengan otra cosa, la Ley de Arbitraje establece que cada una tendrá que asumir los gastos causados a su instancia y los comunes por mitad, a no ser que la Junta aprecie mala fe o temeridad en alguna de ellas.

Los laudos dictados por las Juntas del Transporte tendrán los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, por lo que frente a ellos solo cabe interponer recurso de anulación, dentro de los diez días hábiles siguientes al de notificación del laudo.

Dicho recurso de anulación no constituirá en ningún caso una segunda instancia, puesto que el litigio ha sido sustraído de los Tribunales y sometido a arbitraje, teniendo que fundarse en alguno de los motivos tasados que establece la Ley. Una vez firmes, estos laudos adquieren fuerza de cosa juzgada y frente a ellos sólo se podrán plantear recurso de revisión, siendo además susceptibles de ejecución forzosa⁴⁷².

⁴⁷² La O.M. de 30 de marzo de 2001, regula las funciones de depósito y enajenación de mercancías por las Juntas de Transportes.

6. Similitudes con el arbitraje de consumo

El origen histórico y legislativo del arbitraje de transportes tiene cierto paralelismo con el del arbitraje de consumo. Así como el de consumo surge en 1984 con la referencia realizada en el art. 31 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el de transportes tiene su origen en el Art. 37 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, tres años después.

De la misma manera, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres fija unas pautas generales del sistema y faculta al Gobierno para establecer las normas de desarrollo de las allí contenidas y para regular el procedimiento arbitral. Sin embargo, a diferencia de la Ley de Consumo, la Ley de Transportes crea directamente las Juntas Arbitrales del Transporte de la que forman parte miembros de la Administración, que asume la presidencia, representantes de empresas de transporte y representantes de cargadores y usuarios, representación equitativa que ya preveía, en similares términos, el art. 31.3 de la Ley de Consumo.

El mismo día que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, se aprobó la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas. En esta Ley Orgánica se delegan en las Comunidades Autónomas las funciones de las Juntas Arbitrales del Transporte, incluyendo su creación en las localidades que considere conveniente la correspondiente Autonomía.

Aun cuando ambos sistemas arbitrales surgen paralelamente, se aprecia una especial generosidad del legislador de transporte con las Comunidades Autónomas, a las que permite crear Juntas Arbitrales. Quizás la diferencia radique en que en el arbitraje de transporte fue directamente la Ley la que configuró los órganos arbitrales. Sin embargo, en el arbitraje de consumo, la configuración y la regulación de los órganos arbitrales se confirió en exclusiva a la Administración estatal.

La Ley de Arbitraje de 1988 supuso el punto de contacto de ambos sistemas arbitrales desde el punto de vista legislativo. Posteriormente, al igual que ocurrió con el de consumo, mediante Real Decreto se regula en 1990 el arbitraje de transportes, tres años antes de la regulación reglamentaria del arbitraje de consumo.

A diferencia del de consumo, el Gobierno no reguló en un Real Decreto independiente el arbitraje de transportes sino que lo desarrolló en el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres mediante Real Decreto 121/1990, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres. Ello fue así, fundamentalmente, por la atribución a las Juntas Arbitrales del Transporte de funciones diferentes a las exclusivamente arbitrales o mediadoras.

Al igual que en el de consumo, el citado Real Decreto cierra la regulación del arbitraje de transporte, sin perjuicio de la inconstitucionalidad del art. 38.2 párrafo primero de la Ley 16/1987 y del inciso primero del párrafo segundo, que obligó a modificar la citada Ley.

Los problemas de constitucionalidad del arbitraje de consumo se han limitado a los excesos en que han incurrido ciertas Comunidades Autónomas al regular sus Juntas Arbitrales. Por contra, los problemas de constitucionalidad del arbitraje de transporte vienen directamente de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, no de las disposiciones de Comunidades Autónomas.

Respecto al arbitraje de consumo, el Tribunal Constitucional ha concluido que, aun cuando las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias exclusivas en materia de consumo, los arts. 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, referentes a las competencias exclusivas estatales en materia de legislación mercantil y civil, actúan como límite a las competencias autonómicas y que, por tanto, el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia que incontestablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado⁴⁷³.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1991 estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y conflicto positivo de competencia presentado por el Gobierno de la Nación contra diversos arts. de la Ley 12/1984, del Estatuto Gallego del Consumidor y contra el Decreto de la Junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo de creación de la Comisión Consultiva de Consumo.

La Ley y el Decreto gallego habían atribuido a la Comisión Consultiva de Consumo de Galicia la realización de funciones de arbitraje, teniendo sus decisiones carácter vinculante para las partes cuando así lo aceptasen por compromiso expreso. El Tribunal Constitucional declara la nulidad de los artículos afectados concluyendo que no puede haber duda de que el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado pues, dice textualmente, «siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil [...] es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia [...] por lo que [...] la Ley Gallega [...] y el Decreto [...] invaden la competencia estatal».

⁴⁷³ La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1989 desestimó un recurso de inconstitucionalidad presentado por la Junta de Galicia contra, entre otros, el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que regula el arbitraje de consumo. La Junta no fundamentó de modo alguno los motivos de la impugnación por lo que, además de por la referida incontestable competencia exclusiva del Estado en materia de arbitraje, el recurso fue desestimado.

Estas sentencias del Tribunal Constitucional pueden extrapolarse al arbitraje de transportes, habida cuenta que valoran, en general, el arbitraje como institución, de ahí que se requiera la necesidad de una Ley Orgánica de delegación de competencias para que las Comunidades Autónomas puedan crear Juntas Arbitrales del Transporte, delegación que, por causas desconocidas, no se ha producido en el arbitraje de consumo.

La inconstitucionalidad del art. 38.2 párrafo primero de la ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres obedece a causas diferentes. El problema, en este supuesto, no se planteaba entre el Estado y las Comunidades Autónomas sino entre los destinatarios de la norma y el legislador.

De la sentencia en cuestión, sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre, se pueden resaltar algunas de las diferencias entre el arbitraje de consumo y el arbitraje de transportes en cuanto a la formalización del convenio arbitral.

La cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos y el Juzgado de primera Instancia núm. 36 de Barcelona que consideraban inconstitucional el referido párrafo por limitar el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, por colisionar con el art. 117.3 de la Constitución que atribuye exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional y por atentar contra el principio de igualdad del art. 14. El párrafo primero del art. 38.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres establecía que «siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario». Es decir, según sea la cuantía de la controversia (más de 500.000 pts. o menos de 500.000 pts.), la Ley de Transportes establece un sistema distinto en cuanto al sometimiento de la controversia al arbitraje de las Juntas Arbitrales. Si la cuantía excede, las partes pueden pactar expresamente el sometimiento al arbitraje, si no excede, deben obligatoriamente someterse al arbitraje salvo que expresamente se pacte lo contrario. Es decir, en el caso en que la cuantía de la controversia sea de menos de 500.000 pesetas, no existe un convenio de sometimiento, no hay voluntariedad, sino que las partes imperativamente deben someterse al arbitraje salvo que, aquí si voluntariamente, pacten lo contrario, lo que significaba que el arbitraje debía celebrarse siempre que una de las partes así lo deseara, aun cuando la otra se opusiera.

El Tribunal Constitucional concluye que el citado art. establece un arbitraje obligatorio y que, en ese caso, se precisaría un pacto expreso para acceder directamente a la tutela de Jueces y Tribunales.

Se trataría pues de un convenio arbitral impuesto por ley que constituiría un impedimento al derecho constitucional de todas las personas a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El Tribunal, con indudable acierto, considera que, habida cuenta que de no alcanzarse acuerdo, el arbitraje se impondría, una de las partes podría contra su voluntad ser obligada a someterse a ese arbitraje, lo que conllevaría la exclusión de la vía judicial y, a sensu contrario, el acceso a la Justicia se encontraría supeditado al consentimiento de la parte contraria. En consecuencia declara nulo el párrafo primero del art. 38.2 de la ley 16/1987 y el inciso primero del párrafo segundo.

Mediante Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se dio nueva redacción al art. 38 de la Ley 16/1987, con el fin de salvar la inconstitucionalidad del antiguo y nulo párrafo primero del apartado segundo.

La nueva redacción presume que existe acuerdo de sometimiento al arbitraje de transportes, si la cuantía de la controversia no excede de 500.000 pesetas, siempre y cuando ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada.

El convenio arbitral vuelve a imponerse imperativamente por Ley impidiéndose a las partes acceder a la Justicia (son los efectos de cosa juzgada de los laudos), salvo que una de las partes se oponga expresa y exclusivamente en un determinado momento procesal.

Como se ha señalado anteriormente, han sido dos Reales Decretos los que han venido a regular, respectivamente, el sistema arbitral de consumo y el de transportes. Como sistemas arbitrales tienen una serie de características comunes y una serie de elementos diferenciadores.

Desde el punto de vista material, puede ser objeto de arbitraje de consumo cualquier controversia que surja entre consumidores y empresarios, en sentido amplio, cualquiera que sea el sector de la actividad, siempre que surja respecto a los productos, bienes y servicios puestos a disposición de esos consumidores en el mercado y resulten afectados sus derechos como consumidores.

El arbitraje de transportes, por contra, se limita a las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial.

Es decir, el arbitraje de transportes se encuentra muy limitado desde el punto de vista objetivo y puede incluso, concurrir con el arbitraje de consumo.

En ambos sistemas, la gestión corresponde a un órgano de carácter administrativo, las Juntas Arbitrales que, sin embargo, tienen algunas diferencias:

- h) Las Juntas Arbitrales de Consumo se crean mediante acuerdo entre la Administración territorial interesada y el Instituto Nacional de Consumo, pudiendo ser de carácter nacional, autonómico, local o de mancomunidad. Las Juntas Arbitrales del Transporte las crean las Comunidades Autónomas que deciden su ubicación y ámbito territorial, siendo la norma general la existencia únicamente de Juntas Autonómicas o provinciales.
- i) Las Juntas Arbitrales de Consumo tienen funciones únicamente arbitrales y de mediación. Las Juntas Arbitrales del Transporte extienden sus funciones a otras cuestiones no meramente arbitrales o mediadoras como emitir informes y dictámenes, intervenir en el depósito de valoración y subasta de mercancías, intervenir en funciones de peritación, realizar enajenaciones de mercancías no retiradas, etc.
- j) Existe una sola Junta Arbitral de Consumo por Administración y uno o diversos Colegios Arbitrales en cada Junta. La Junta la forman el Presidente y el Secretario, elegidos por la Administración competente entre su personal. La Junta ejerce funciones estrictamente administrativas y de gestión y los Colegios desarrollan únicamente funciones procesales y son los órganos de arbitraje propiamente dichos. En el sistema arbitral de transportes existen dos Juntas Arbitrales por Administración, una especializada en transportes de mercancías y otra de viajeros, que ejercen funciones tanto administrativas como procesales.
- k) La composición de los Colegios Arbitrales de Consumo, al igual que la de las Juntas Arbitrales del Transporte, es equitativa y la forman un Presidente, licenciado en derecho, y un Secretario (el mismo que el de la Junta), designados por la Administración entre su personal, (no es necesario que sea personal funcionario), y dos vocales que representan a los sectores afectados, uno designado de oficio entre los propuestos por las Asociaciones de Consumidores y otro designado de oficio entre los propuestos por las Asociaciones Empresariales, siempre que se encuentren adheridas, en ambos casos, al sistema. La designación será directa por las asociaciones si el reclamante o el reclamado se encuentran asociados a la respectiva asociación.
- l) En caso de concurrencia de Juntas Arbitrales de Consumo será competente la que elijan las partes y, en su defecto, la del domicilio del consumidor y la de inferior ámbito, por este orden. En el arbitraje de transportes conocerá, en caso de concurrencia, salvo que haya pacto en el contrato, la que elija el demandante, siempre que sea la del lugar de origen o destino del transporte o la de celebración del contrato.

En ambos sistemas arbitrales, los arbitrajes son gratuitos salvo el pago de los gastos generados por la práctica de pruebas practicadas a instancia de parte.

En estos sistemas, el arbitraje será resuelto en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho.

El procedimiento arbitral en el sistema arbitral de consumo es un procedimiento rápido, ágil y antiformalista que se inicia con la designación del Colegio Arbitral que lo componen (cuando no actúa un árbitro unipersonal), tres árbitros: Presidente, representante de los consumidores y representante de los sectores empresariales, más el Secretario. La designación de los representantes citados recae en las Organizaciones que previamente se hayan adherido al Sistema Arbitral.

Constituido el Colegio, se citará a audiencia a las partes, que podrá ser verbal o por escrito. En ese trámite se podrá intentar la conciliación, conciliación que se recogería en el laudo, y se podrá acordar la práctica de pruebas, de oficio o a instancia de parte. El Laudo se dictará en un plazo máximo de seis meses desde la designación del Colegio.

El procedimiento arbitral de transportes es similar, con, entre otras, las siguientes diferencias: a) La vista será siempre oral, b) Si el reclamante no comparece a la vista se le tiene por desistido en su reclamación, cosa que no ocurre en el arbitraje de consumo en el que la inactividad de las partes no impide que se dicte el laudo.

Otros aspectos comunes son la adopción del laudo por mayoría simple, con el voto de calidad del Presidente, y la innecesaridad de la asistencia de abogado y procurador.

La revisión o impugnación de los laudos arbitrales, sus efectos y su ejecución, tanto en el arbitraje de consumo como en el de transportes, se sujetan a las normas generales de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, la principal diferencia desde el punto de vista procedimental entre ambos sistemas arbitrales es el modo de formalización del convenio arbitral, entendiéndose por tal, la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de someter la solución de la controversia a la decisión arbitral y de la obligación de cumplir esa decisión.

El convenio arbitral se configura como un acuerdo de voluntades en el que, de forma inequívoca, las partes deciden someter la solución de cuestiones litigiosas, de carácter contractual o extracontractual, a la decisión de uno o más árbitros. Ese acuerdo de voluntades debe, además, hacer constar expresamente la obligación de las partes de cumplir la decisión o laudo que adopten esos árbitros.

De acuerdo con la Ley, el convenio debe formalizarse por escrito, bien como cláusula incorporada a un contrato principal bien por acuerdo independiente del mismo.

No es preciso que el acuerdo se consigne en un único documento suscrito por las partes, sino que también es válido si resulta de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la

voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Como es sabido, es en este supuesto en el que se basa una de las especialidades del arbitraje de consumo.

El Convenio arbitral que llamado «privado», es decir, el de la Ley de Arbitraje, puede extenderse a la designación de los árbitros o puede también conllevar la encomienda de la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a Corporaciones de Derecho Público o a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, siempre que en sus normas reguladoras o estatutos se prevea la función arbitral.

Como elemento común a los arbitrajes privados y los administrativos (consumo, transportes, propiedad intelectual, etc.), el convenio arbitral impide a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que se invoque mediante la oportuna excepción y se permite la renuncia al arbitraje pactado mediante convenio, quedando, en ese caso, expedita la vía judicial.

El sistema arbitral de transportes, respecto a la formalización y efectos del convenio arbitral, contiene una serie de especialidades que contradicen las normas generales de la Ley de Arbitraje.

De acuerdo con el principio de primacía de las Leyes especiales sobre las generales, expresamente recogido en el caso que nos ocupa en la disposición adicional primera de dicha Ley, nada impide que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres regule en la forma que crea conveniente, la formalización del convenio. Pero, esa regulación debe respetar, en todo caso, los principios constitucionales, respeto que, como ya se dijo anteriormente, no se produjo y existen dudas de que actualmente se produzca.

En efecto, en el arbitraje de transportes, la formalización del convenio arbitral puede realizarse de dos maneras:

Mediante presunción legal de que existe el acuerdo si la cuantía de la controversia no excede de 500.000 pts. En este caso, solo puede evitarse la solución arbitral si cualquiera de las partes expresamente manifiesta a la otra su voluntad en contra pero antes de que se inicie o deba iniciarse el servicio o actividad. Es decir, cabe la posibilidad de que se celebre un arbitraje sin que se haya formalizado por escrito. En otras palabras, se puede imponer al demandado la solución arbitral sin que conste su consentimiento por escrito o incluso si se opone expresamente y ha transcurrido el exiguo plazo legal fijado para oponerse. No hay que olvidar que el demandante, con la mera inactividad, se considera desistido del arbitraje. Queda pues, en aquel supuesto, mediatizada la voluntariedad del demandado.

El arbitraje de transporte solo admitiría, de acuerdo con la definición legal, someter cuestiones de carácter contractual.

El arbitraje de transporte, al igual que el resto de los arbitrajes «públicos», se administra por un órgano de carácter administrativo, las Juntas Arbitrales, que aun cuando no se adaptaría estrictamente a las figuras previstas en la Ley de

Arbitraje, (que solo habla de corporaciones o asociaciones), no parece contrariar el espíritu de la Ley que es el de conferir a una entidad ajena a las partes el arbitraje.

En cambio, el sistema arbitral de consumo, en cuanto a las especialidades de la formalización de su convenio arbitral, puede decirse que desarrollan pero no contradicen las normas generales de la Ley de Arbitraje. No olvidemos que, al contrario que en el sistema arbitral de transportes, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no estableció pauta alguna sobre la formalización del convenio arbitral, y que es una norma reglamentaria la que lo regula, norma que no podría contradecir, en consecuencia, la Ley de Arbitraje.

De este modo se establecen los diferentes modos de formalizar el convenio arbitral. El primero mediante solicitud del reclamante y aceptación del reclamado. Sería este supuesto incardinable en el intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes, que está previsto en la Ley de Arbitraje. En este caso, el reclamante presentaría solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral de Consumo que considere competente. La Junta, a través de su Presidente, admitiría la solicitud si no concurriera una de las causas de inadmisión que son comunes al arbitraje general.

La Junta Arbitral notifica la solicitud al reclamado, el cual debe aceptarla expresamente bien por escrito, bien por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. En caso de inadmisión por la Junta, no contestación o rechazo por el reclamado, se archivará la solicitud, quedando expedita la vía judicial. O mediante convenio arbitral formalizado a través de acuerdo específico firmado por ambas partes o mediante una cláusula contractual.

En segundo lugar, en el arbitraje de consumo se prevé un sistema de adhesión previa de empresas o profesionales, de manera que, si concurre en la empresa reclamada esa adhesión previa, el convenio arbitral se formaliza con la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el consumidor-reclamante. La adhesión previa de las empresas es el elemento clave del sorprendente éxito del sistema arbitral de consumo. El sistema de adhesión garantiza al consumidor con absoluta certeza la rápida resolución de su problema y a la empresa le permite contar con un Distintivo Oficial que, como símbolo de calidad empresarial, lo distingue frente a la competencia. Tanto el otorgamiento a una empresa del Distintivo como el censo de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo deben ser objeto de publicación en el Boletín Oficial correspondiente a la Junta Arbitral competente lo que supone una publicidad adicional para las empresas.

La adhesión de empresas al Sistema Arbitral ha supuesto un vuelco tanto cualitativo como cuantitativo en el tratamiento de las reclamaciones en materia de consumo.

Por un lado, una vez producida una controversia, se evita la vía judicial, más lenta y costosa, por otro lado, por norma general, se evita la vía administrativa sancionadora salvo que los hechos constituyan infracciones flagrantes (no olvidemos que la tramitación de un procedimiento arbitral es compatible con la

tramitación de un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa puesto que el bien jurídico protegido es diferente, en el arbitraje el interés del consumidor concreto, en el procedimiento sancionador, el interés general) y por otro, el procedimiento arbitral facilita la conciliación de las partes puesto que es también un procedimiento de mediación.

Todo ello ha supuesto un inesperado alivio para los órganos judiciales y administrativos que tramitan demandas o reclamaciones de los consumidores, que han visto reducido considerablemente su ya de por sí sobrecarga de trabajo.

Ya se ha señalado el otorgamiento del Distintivo permite a las empresas contar con un símbolo de calidad empresarial que les distingue frente a la competencia, favorece el crecimiento de la clientela, aumenta la confianza en la empresa y contribuye a la mejora de su imagen. El Distintivo de Adhesión al Sistema Arbitral ha servido, por otra parte, como precursor de los símbolos de calidad empresarial generales o por sectores que empiezan a surgir actualmente con cierta profusión, generalmente ligados a códigos de buenas prácticas a los que se adhieren voluntariamente las empresas y que surgen del propio sector como autorregulaciones o autolimitaciones. Es, curiosamente, la adhesión al sistema arbitral de consumo, una de las consideradas buenas prácticas en alguno de esos códigos.

El convenio arbitral de consumo permite someter a la decisión de los árbitros cuestiones surgidas de relaciones contractuales con la empresa o extracontractuales, siempre que afecten a los derechos de los consumidores y se relacionen con los bienes, productos o servicios puestos a su disposición. En el arbitraje de transportes, las controversias se limitan a las surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y demás contratos relacionados. La limitación es más estricta en el arbitraje de transporte que en el de consumo. En este último, teniendo en cuenta que la voluntad de sometimiento de las partes es expresa y consta por escrito, nada impide que la Junta Arbitral pueda realizar una interpretación amplia de las materias que puedan ser objeto de arbitraje, máxime cuando resulta discutible que esa interpretación laxa pudiera constituir una causa de anulación del laudo.

Ni la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ni el Real Decreto que reguló el Sistema Arbitral de Consumo excluye del arbitraje de consumo a las controversias que surjan en relación con el cumplimiento de un contrato de transportes terrestres y demás regulados en la Ley de Ordenación de esos Transportes.

En principio, por tanto, siempre que una de las partes contratantes tenga la consideración de consumidor final, por ejemplo en un desplazamiento privado o un porte de un particular, siempre que pueda haber sido afectado uno de sus derechos como consumidor y siempre que se trate, como es el caso de este tipo de contratos, de un bien, producto o servicio puesto a disposición de ese consumidor por un empresario o profesional, en sentido amplio, cabe la posibilidad de celebrar un arbitraje de consumo. No obstante, no tienen la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consumen bienes o

servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No podría, por tanto, ser objeto de arbitraje de consumo pero sí de arbitraje de transportes, las controversias surgidas en los contratos de transporte celebrados entre empresarios, comerciantes o profesionales. Por ejemplo: un desplazamiento de un profesional en viaje de negocios o un porte entre comerciantes.

Estas consideraciones serían aplicables sin ningún género de duda a las controversias cuyas cuantías excedan de 500.000 pts. La Ley de Transportes no se arroga la exclusividad en la materia puesto que el sometimiento de las controversias de esa cuantía es potestativa de las partes, por lo que en similares circunstancias, pueden también potestativamente someter la controversia al arbitraje de consumo.

Cuestión diferente se plantea con las controversias que no excedan de 500.000 pts. cuyo conocimiento reserva la Ley de Transportes, exclusiva y obligatoriamente, a las Juntas Arbitrales del Transporte, excluyendo incluso la vía jurisdiccional. Esa obligatoriedad no es absoluta pues admite que una de las partes del contrato se oponga a la solución arbitral siempre que lo manifieste expresamente a la otra antes de que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad, también en este caso no existiría inconveniente jurídico para que el conocimiento de la controversia se sometiera al arbitraje de consumo.

En primer lugar, en el supuesto en que la empresa se encuentre adherida al sistema arbitral de consumo existe ya una voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales del Transporte y que conoce la otra parte, el consumidor, puesto que ha presentado la solicitud de arbitraje de consumo, arbitraje que sólo puede iniciarse a instancia del consumidor. Esa adhesión es, por supuesto, anterior a la iniciación del servicio.

De no existir adhesión previa de la empresa o de no haberse hecho constar en el contrato u otro documento, anteriormente al inicio de la actividad, el sometimiento al arbitraje de consumo, podría pensarse que, en todo caso, conocerían las Juntas Arbitrales del Transporte las controversias que afecten a los consumidores. Pero no se debe olvidar que el arbitraje de consumo solo puede iniciarse a solicitud del consumidor y solo puede resolver las controversias que afecten a los derechos de los consumidores.

Es decir, si el conflicto afecta a los derechos del consumidor, lógicamente, nunca se instará el arbitraje, ya sea de transporte o de consumo, por el empresario. Por lo cual, si el consumidor insta el arbitraje de consumo, el empresario puede rechazarlo amparándose en que el conocimiento debe corresponder a las Juntas Arbitrales del transporte o simplemente rechazarlo sin necesidad de motivación.

Si se rechaza, al consumidor siempre le queda la opción de plantear el arbitraje de transporte que, en este supuesto, se celebraría obligatoriamente. Pero si el empresario acepta el arbitraje de consumo éste se podrá celebrar. Por tanto, la elección de un sistema u otro corresponde al consumidor, que para ello considerará todas aquellas circunstancias que le afecten: proximidad, de la

Junta, confianza en una u otra, especialización, rapidez, etc.

CAPITULO SEGUNDO

I. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE SEGURO DE VEHICULOS A MOTOR

1. El marco legal del seguro

El seguro de automóvil, en su doble modalidad de Seguro Obligatorio y Seguro Voluntario entra, en principio, en el ámbito de aplicación de la Ley La Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, de acuerdo con el art. 2, que textualmente establece:

«Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado».

El marco legislativo se había iniciado en España con la Ley de 14 de mayo de 1908 de Ordenación del Seguro Privado, a la que siguió la Ley de 16 de diciembre de 1954, y la Ley 33/1984, de 2 de agosto sobre Ordenación del Seguro Privado, para la ordenación del mercado de seguros y el control de las entidades aseguradoras en particular con la finalidad última de protección del asegurado⁴⁷⁴.

La distinción entre el Seguro Obligatorio y el Seguro Voluntario en materia de automóvil, vino establecida inicialmente por el art. 2º, de la Ley 122/1962 de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, según el texto refundido de 1963. Este seguro, cuya aplicación gradual fue establecida por el Decreto-Ley 4/1965, de 22 de marzo, encuentra sus condiciones generales de aplicación en el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos de motor, aprobado por Decreto 3787/1964, de 19 de noviembre, modificado en determinados artículos por Decreto 1199/1965, de 6 de mayo y Real Decreto 1653/1980, de 4 de julio. Además, la aprobación de los modelos de proposición y certificado de seguros se operó por Orden Ministerial de Hacienda de 13 de mayo de 1965.

Tornando al seguro voluntario de automóviles, puede decirse que la póliza con carácter uniforme fue aprobada por Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de marzo de 1977, «BOE» núm. 99, del 26 de abril de 1977. Ha sido la Ley

⁴⁷⁴ La Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991 (BOE 11 marzo), dio publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor, y se consideró al mismo como procedimiento apto para calcular las provisiones técnicas para siniestros o prestaciones pendientes correspondientes a dicho seguro

30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que adapta a nuestro derecho interno Directivas comunitarias, que en el sector del automóvil fueron la 90/618/CEE, del Consejo de 8 de noviembre, y la 90/232/CEE, del Consejo de 14 de mayo, sobre el seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles, y en su Disposición adicional octava modificó la denominación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo.

Y, más tarde al adaptarse al ordenamiento jurídico comunitario, el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, y su reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del Uso y Circulación de vehículos a motor de suscripción obligatoria aprobado por Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre⁴⁷⁵, pasando a ser ésta la de Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, reguladora de la responsabilidad civil, el aseguramiento obligatorio y la obligación de indemnización en el ámbito del seguro obligatorio, creando un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación similar al de la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991, a partir de ese momento ya con rango legal y en consecuencia de obligado cumplimiento⁴⁷⁶.

Finalmente, es el vigente texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, sustituye al Decreto 632/1968, de 21 de marzo, incluyendo las modificaciones introducidas por leyes posteriores y adaptándola a las directivas comunitarias.

El articulado de la Ley de Contrato de Seguro constata que la principal preocupación del legislador ha sido la protección del asegurado en el momento del siniestro.

Así, el art. 18 establece: «El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que

⁴⁷⁵ El Real Decreto 1546/1988, de 23 de diciembre (BOE 27 diciembre), elevó los límites de indemnización del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del Uso y Circulación de Vehículos a Motor de suscripción obligatoria a 8.000.000 pts. por víctima y 2.200.000 pts. por siniestro como límite cuantitativo cubierto, siendo anulado por Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1992. El Real Decreto 1559/1992, de 18 de diciembre BOE 22 diciembre) elevó el importe máximo de cobertura a 16.000.000 pts. por daños corporales, y 4.500.000 pts. por siniestro. En la actualidad el art. 4 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por RDLeg. 8/2004, de 29 de octubre y modificado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, establece el importe de la cobertura máxima vigente desde el 1 de enero de 2008 en 70 millones de €uros por siniestro para los daños en las personas cualquiera que sea el número de víctimas, y de 15 millones de €uros para los daños materiales.

⁴⁷⁶ La última actualización de las cuantías indemnizatorias lo ha sido mediante Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014 (BOE 13-03-14), estando actualmente el estudio y revisión del sistema.

resulten del mismo.

En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas».

Este establecimiento de un pago a los cuarenta días se completa con la dura prescripción del art. 20, en el que literalmente se dispone: *«Si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 20 por 100 anual»*.

Estos preceptos tienen una eficacia general para todos los ramos de seguros, pero en relación con los ramos de daños, en los que se encuadra claramente el seguro voluntario de automóvil, se impone un procedimiento pericial. El art. 38 prevé expresamente la dinámica del pago de la indemnización en este supuesto:

«Si el dictamen de los Peritos fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el art. 18, y si no lo fuera abonará el importe de la indemnización señalado por los Peritos en un plazo de cinco días. En el supuesto de que por demora del asegurador en el pago del importe de la indemnización devenida inatacable el asegurado se viere obligado a reclamarlo judicialmente, la indemnización correspondiente se verá incrementada con el interés previsto en el art. 20, que, en este caso, empezará a devengarse desde que la valoración devino inatacable para el asegurador y, en todo caso, con el importe de los gastos originados al asegurado por el proceso, a cuya indemnización hará expresa condena la sentencia, cualquiera que fuera el procedimiento judicial aplicable».

Por su parte, el art. 76 establece en todo seguro de responsabilidad civil (en el seguro obligatorio del automóvil ya existía), la acción directa de la víctima contra el asegurador, en los siguientes términos:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

Las consecuencias jurídicas de este marco legal para el ramo de automóviles son:

- a) El carácter imperativo de los preceptos de la Ley.

- b) No obstante lo anterior, se entienden válidas las cláusulas de contratación más beneficiosas para el asegurado.
- c) Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna cláusula, la Administración Pública obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.
- d) El contrato de seguro es nulo si en el momento de su conclusión no existe riesgo o interés asegurable.
- e) El contrato de seguro y sus modificaciones han de formalizarse por escrito.
- f) El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado.
- g) La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador al tomador del seguro.

2. El Arbitraje Comercial Privado

El hecho de que en La Ley 50/1980, no aparezca ninguna referencia⁴⁷⁷ al arbitraje privado comercial como sistema de solución de conflictos para resolver las diferencias entre asegurado y asegurador, pues el arbitraje como técnica de composición y resolución de intereses contrapuestos era todavía una figura prácticamente desconocida, por las personas a las que va dirigida fundamentalmente: los agentes económicos y financieros que operan en el mercado del comercio interno e internacional, y por las instancias oficiales, que no acaban de apreciar las ventajas de la institución para el tráfico mercantil y patrimonial.

Desconfianza, pues el desconocimiento genera desconfianza. Lo cual supone obviar sin más el procedimiento arbitral, insistiéndose hasta la saciedad en las cláusulas de sometimiento a la jurisdicción civil, cuando es el caso, como se verá, que en campos como el seguro, ninguna institución procesal se adapta mejor que el arbitraje a la rápida solución de los conflictos de hecho y de Derecho que puedan surgir entre asegurado y asegurador y ello a bajo coste económico, con absoluta reserva de datos, y en un tiempo relativamente breve.

Dificultad, que el desconocimiento y la desconfianza producen en la aplicación de la cláusula compromisoria. Pero estas dificultades son más aparentes que reales y se ven siempre compensadas con los resultados conseguidos mediante la incorporación del pacto compromisorio.

⁴⁷⁷ El profesor FENECH, ha afirmado en varias ocasiones que sobre el arbitraje privado pesan las «Tres Des»: Desconocimiento, Desconfianza y Dificultad.

En todo caso, salvo en las materias que por su propia naturaleza son indispensables, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, amplían los márgenes del objeto comprometible hasta el límite que permita la propia autonomía de las partes. El seguro privado, lejos de presentar dificultades para la aplicación del arbitraje, es, por el contrario, campo abonado para él.

3. La idónea adecuación del seguro y del arbitraje

Existe una perfecta adecuación entre el seguro privado y el arbitraje y ello, por lo siguiente:

- a) Por la naturaleza del contrato de seguro privado. En efecto, al tratarse de un negocio de adhesión celebrado en masa, reclama para sí técnicas procesales de solución de conflictos que se adapten al ritmo que el mercado asegurador demanda. La lentitud de los procedimientos civiles ordinarios choca frontalmente con la agilidad que exige la contratación uniforme por adhesión y desafía hasta cierto punto la buena fe presente en los contratos de comercio.
- b) Por el carácter sofisticado y complejo de la teoría y de la técnica aseguradora. El seguro es un contrato mercantil que se caracteriza fundamentalmente porque emerge a partir de cálculos matemáticos, actuariales y estadísticos que constituyen su infraestructura, a diferencia de la compraventa o del transporte, por ejemplo, en donde las prestaciones formales de las partes contratantes son libres desde el punto de vista de los condicionamientos técnicos. En el seguro, las reservas obligatorias que deben constituir las Compañías condicionan los pactos y el clausulado de las pólizas. Por ello, acudir a la jurisdicción ordinaria, que tendrá que recurrir al examen de peritos y expertos, es un contrasentido que se evita sometiendo las divergencias planteadas al juicio de árbitros expertos en la materia.
- c) Por el carácter «anacional» del seguro. La razonable adecuación del arbitraje al seguro privado encuentra aquí una tercera justificación. Por un lado, por razón de las personas que contratan. Tanto la Ley 50/1980 (art. 24) como la Resolución de 17 de marzo de 1980 (art. 23) establecen como juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado; matizándose en el segundo de los preceptos indicados, que se designará un domicilio en España, en caso de que el suyo fuera en el extranjero⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Es el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor el que designa en su art. 24 y siguientes a la Oficina Española Aseguradora de Automóviles (Ofesauto) como organismo de indemnización ante el que los perjudicados con residencia en

Ahora bien, como la Resolución solo tiene carácter ilustrativo «en tanto no elaboren las compañías las suyas propias», resulta que el precepto de jurisdicción previsto en la Ley 50/1980 es completamente insatisfactorio para el caso en que el asegurado sea extranjero. Lo lógico y coherente, hubiera sido prever el sometimiento a árbitro en alguna de las sedes donde tengan homologado, como legislación interna, el Convenio de Nueva York para ejecución de laudos. En otro caso, en los casos en que alguna de las partes sea extranjera las posibles divergencias pueden quedar sin solución jurídica alguna.

- d) Por el carácter de tracto sucesivo del contrato de seguro. La doctrina ha señalado hasta la saciedad el carácter de tracto sucesivo que tiene el contrato de seguro. Llama la atención el hecho de que la cláusula de sometimiento a la jurisdicción civil ordinaria representa para el seguro una importante rémora dada la continuidad en el tiempo de las relaciones entre el asegurado-asegurador, que en el seguro de daños puede llegar hasta diez años (art. 22 de la Ley 50/1980), y dado el carácter de pluralidad de riesgos que por lo general contienen las pólizas de daños (por ejemplo, la póliza de seguro voluntario de automóviles confiere normalmente cobertura de los siguientes riesgos: responsabilidad civil, daños sufridos por el vehículo asegurado, incluido incendio, robo del vehículo y defensa y reclamaciones), por lo que no resulta aconsejable acudir a los jueces ordinarios, por ejemplo, para impugnar el dictamen de peritos previsto en el artículo 38 de la Ley, porque la publicidad y la nota de enfrentamiento que inevitablemente tiene todo pleito civil avocará, sin duda, a la ruptura anticipada del contrato.

4. La Ley de Contrato de Seguro y la aplicación del Arbitraje por vía de pacto

Las razones expuestas más atrás son una simple muestra, para avalar la necesidad de aunar el contrato de seguro privado y la institución arbitral.

Hubiera bastado una simple indicación a propósito del contenido de las pólizas recogido en el art. 8 de la Ley. Tampoco hubiera sido necesario que la cláusula compromisoria se exigiese con carácter coactivo; pero es evidente que su mera cita en el texto de la Ley habría tenido un efecto orientativo y de ilustración, y hubiera representado una canalización idónea para su uso y utilización en las pólizas.

Incluso la propia vía del art. 24 de la Ley -art. 23 de la Resolución- hubiera servido, con una ligera modificación, para incluir el arbitraje como técnica extrajudicial de solución de conflictos.

España podrán presentar su reclamación.

Así, en el texto de esos preceptos se podría haber añadido: «Será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario, salvo que las partes hubieren pactado el sometimiento de sus disputas al arbitraje privado»⁴⁷⁹.

La Ley tiene contenidos imperativos. Pero el arbitraje como solución de conflictos tiene entrada como cláusula más beneficiosa para las partes (art. 2 de la Ley) en todos los contratos de seguros, incluido el ramo vida.

De forma inmediata está llamado a rendir innumerables ventajas en el seguro de automóviles, tanto voluntario como obligatorio, sustituyéndose el artificioso y complicado sistema del art. 38 de la Ley -que sirve para poco si el dictamen de peritos es impugnado ante los Tribunales- por un arbitraje que ponga fin a las desavenencias que surjan a consecuencia del siniestro, de conformidad con lo dispuesto en la vigente normativa Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Podría preguntarse sobre las ventajas del arbitraje sobre el simple peritaje previsto en el artículo citado.

Las ventajas son las siguientes:

- a) Acortamiento de los plazos previstos en el art. 38. Hay que tener en cuenta los intereses en juego del asegurado y asegurador al producirse el siniestro; ambas partes necesitan liquidar de inmediato sus recíprocas posiciones mediante la valoración más ajustada del riesgo asumido y el interés protegido.
- b) Abaratamiento del coste. Si el dictamen del perito o peritos a que se refiere el art. 38 es impugnado judicialmente, se produce una envolvente de gastos e intereses que hacen poco rentable el procedimiento pericial.
- c) Eficacia de cosa juzgada y firmeza del laudo. La impugnabilidad judicial del dictamen del perito o peritos contenido en el precepto citado elimina toda operatividad práctica del procedimiento pericial.

Firme el laudo, podrá obtenerse su ejecución ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se ha seguido el arbitraje. El arbitraje de equidad parece aconsejable para la valoración de daños una vez producido el siniestro; y el de Derecho para resolver los problemas de interpretación y aplicación que presente la póliza.

Finalmente, para una perfecta sincronización del seguro y del arbitraje, la cláusula compromisoria correspondiente debe ir redactada de tal manera que contenga, al menos, las siguientes indicaciones:

⁴⁷⁹ MERINO MERCHAN José F. y TIRADO SUAREZ Francisco J.

- a) Cuestiones a las que se extiende el arbitraje (total o parcial).
- b) Designación del Centro o de los árbitros que han de entender de las posibles disputas y controversias.
- c) Tipo de Arbitraje. Ya se ha dicho que parece preferible el de equidad para las cuestiones de hecho, y el de Derecho para cuestiones de interpretación y aplicación de cláusulas.
- d) Plazo para sustanciar y dictar laudo.
- e) Lugar del Arbitraje.

II. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE SANIDAD

Hace unos años nadie podía imaginar que a principios del siglo XXI, para hablar de ejercicio de las profesiones sanitarias sería imprescindible dominar los conceptos de responsabilidad médica, mala praxis, *lex artis* o medicina defensiva. En la actualidad, la evolución del estatuto del paciente, que ha pasado de ser sujeto tutelado por la figura del médico paternalista de antaño a sujeto autónomo en sus decisiones y acreedor de una completa información asistencial, ha supuesto también un espectacular aumento de los procesos judiciales emprendidos contra profesionales e instituciones sanitarias en demanda de una declaración de responsabilidad por resultados adversos relacionados con un tratamiento sanitario.

Todos los agentes interesados en el correcto funcionamiento de la sanidad, en su doble vertiente pública y privada, están de acuerdo en que la judicialización de los conflictos sanitarios⁴⁸⁰ derivados de las reclamaciones de los pacientes contra los profesionales de la sanidad o contra los servicios públicos de salud están comenzando a traducirse en un menoscabo de la credibilidad de la Administración y sus profesionales y en un peligroso círculo, en absoluto inocuo para el paciente, que acaba invirtiendo, bien los presupuestos sanitarios públicos, bien los dineros del paciente, en pagar los sobrecostes causados, la práctica de la medicina defensiva y las pólizas del seguro de responsabilidad. Las razones de este fenómeno son varias y mucho más complejas que en otros ámbitos del consumo de bienes y servicios. Pero entre ellas es importante destacar la incidencia de la determinación del orden jurisdiccional competente en duración de los procesos judiciales e, indirectamente, en la actuación de los profesionales.

Hoy es claro que la vía civil queda como orden jurisdiccional competente para los profesionales y centros de la sanidad privada, y la vía contencioso-administrativa es la única posible para exigir responsabilidad por los daños ocasionados por la asistencia sanitaria llevada a cabo por los profesionales sanitarios al servicio de la Administración Sanitaria (art. 2.e) de la Ley de la

⁴⁸⁰ GONZALEZ CARRASCO M^a del Carmen y MARIN LOPEZ Manuel Jesús «*La Protección Jurídica del Paciente*», Dirigida por TOMILLO URBINA Jorge y CAYON DEL LAS CUEVAS Joaquín, Aranzadi 2010, pág. 249

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA), sin que éstos puedan ser personalmente demandados ante un Tribunal civil (145.1 LRJPA) y sin perjuicio de que la Administración, que responde por el personal a su servicio de forma directa, pueda dirigirse posteriormente contra ellos en el caso de que su actuación se haya llevado a cabo con dolo o negligencia grave.

En este caso, las reglas aplicables serán las propias de la responsabilidad de la Administración, básicamente recogidas en la Ley 39/1992 (LRJPA) y sus normas de desarrollo, que exigen la interposición de una reclamación administrativa previa.

Sin embargo, en el caso de que la negligencia en la actuación sanitaria revista especial gravedad, hasta el punto de poder ser calificada como imprudencia penal, o como alguno de los tipos penales susceptibles de encuadrarse en el ámbito de la actividad sanitaria queda abierta la vía penal directa frente a los profesionales al servicio de la Administración sanitaria, quienes, a través de la imputación de responsabilidad penal, y siempre y cuando haya precedido una condena en este ámbito, podrán ser condenados a indemnizar en el propio proceso penal o, previa reserva de la acción civil, en un proceso civil posterior, casos ambos en que la Administración Pública sanitaria responderá a modo de responsable civil subsidiario, según el art. 121 del Código Penal.

El deseo de huir del preceptivo orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que precisa de requisitos procedimentales especiales (es necesaria una reclamación en la vía administrativa previa) y que en la actualidad sufre los retrasos más llamativos por ser también mayores sus complejidades procesales, puede provocar, como de hecho se constata, un abuso de las acciones penales frente a los profesionales de la sanidad. La vía penal presenta además la ventaja para el paciente de que el plazo de prescripción de la acción –de un año tanto en la vía civil extracontractual como en la administrativa- se considera unida al desenlace final de la acción penal y por lo tanto, no empieza a correr sino tras el transcurso de los cinco años de prescripción de la acción penal previsto para ésta. Todo ello ha provocado un notable incremento de los procesos penales, con el estigma personal y profesional que ello conlleva y con el efecto perverso de la generalización de la práctica de la medicina defensiva.

El orden jurisdiccional civil, ante el que deben ser demandados los profesionales de la medicina privada como única alternativa al orden Penal, tampoco está exenta de problemas. A la tradicional lentitud de los procesos civiles ordinarios se une el hecho de que el seguro de responsabilidad civil impuesto de forma obligatoria como requisito para el ejercicio de la sanidad privada por la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS), no es capaz de actuar en nuestro ordenamiento como mecanismo de socialización del riesgo. Ello es debido a que la ausencia de control público y la inexistencia de un contenido imperativo de las pólizas propician exclusiones de la cobertura (v. gr. en supuestos de mala praxis derivada de la falta de consentimiento informado prestado por escrito) cuyo carácter no limitativo de los derechos del asegurado es más que cuestionable en muchas ocasiones, pero que a la postre arrojan como resultado un aumento de la cuantía de las

indemnizaciones.

Los esquemas procesales propios del arbitraje en general, y del arbitraje de consumo en particular, a los conflictos derivados de la prestación de servicios sanitarios. Aunque la expresión «conflicto sanitario» abarca supuestos muy variados (reclamaciones de daños de pacientes contra médicos basadas en error, o contravención de la *lex artis*, reclamaciones de médicos contra otros médicos basadas en intrusismo o competencia desleal, publicidad sanitaria prohibida o engañosa, reclamaciones de facultativos contra terceros, etc.), las principales reflexiones que se desarrollan en relación con la utilización de la vía arbitral se refieren al primero de los supuestos.

1. Arbitraje en los conflictos sanitarios

Cuando existe una controversia jurídica entre dos personas, existen varias vías para resolverla. En primer lugar está la vía jurisdiccional, que da lugar a un proceso judicial que concluye mediante sentencia. En segundo lugar, los interesados pueden acudir a la transacción, y mediante recíprocas concesiones impedir que surja el litigio o bien poner fin al mismo.

Respecto de esta segunda posibilidad, en el ámbito sanitario está resultando de gran interés la labor mediadora de las Defensorías del Paciente, allí donde existen (v.gr. Ley 12/2001, de 21 diciembre de Ordenación Sanitaria de la C.A. de Madrid). Pero existe, además, una tercera posibilidad: que esas personas acuerden que el conflicto, que ya ha surgido o que pueda surgir en el futuro, se someta al juicio arbitral de terceros, cuya resolución han aceptado cumplir. Se trata del arbitraje, regulado en la Ley 60/2003, de 22 de diciembre, de Arbitraje.

El arbitraje constituye una alternativa al orden jurisdiccional, pues facilita la resolución de una controversia jurídica entre particulares sin necesidad de entablar un pleito ante la autoridad judicial. Mediante el arbitraje, los particulares celebran un contrato (convenio arbitral) en virtud del cual aceptan que la resolución de una controversia jurídica sea resuelta por uno o varios sujetos (árbitros), quienes pondrán fin a la misma mediante un laudo, que produce los mismos efectos que una sentencia.

Constituye el arbitraje una alternativa que, al menos en principio, goza de indudables ventajas, como la agilidad y rapidez; su coste más económico que la vía judicial; la ausencia de publicidad, que en el caso de la responsabilidad médica es extraordinariamente importante, porque el solo hecho de someter a un profesional de la medicina a un procedimiento judicial en el que se cuestione su actuación supone de hecho la imposición de una sanción social autónoma con independencia del resultado final.

En el arbitraje, en cambio, las diferencias que separan a las partes no tienen –o no tienen por qué tener– repercusión pública y permanecen en el marco del secreto profesional de quienes desempeñan la función arbitral (art. 24.2 de la

Ley de Arbitraje); proporciona una mayor confianza a las partes, pues son ellas, en la medida en que la LA lo permite, quienes diseñan el procedimiento arbitral y quienes eligen a los árbitros que han de resolver el conflicto; y propicia transacciones en cualquier momento del procedimiento que pueden adoptar la forma y la eficacia del propio laudo arbitral sin agotar todas las fases del procedimiento arbitral (art. 36 LA).

En determinados arbitrajes institucionales, como el de consumo, es preceptiva la realización de una mediación previa, como se desprende del art. 38 RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC).

No obstante, a pesar de estas indudables ventajas, se puede decir que en España, y salvo en determinados ámbitos sometidos a un régimen especial (como el del consumo o el del transporte), el arbitraje no goza todavía de gran predicamento en la práctica como alternativa a la solución judicial de los conflictos. Sin duda, no existe extendida una mentalidad en pro del arbitraje, y no han sido ajenas a ello las deficiencias tradicionales de nuestro derecho interno.

Al margen de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, existen otras normas que regulan supuestos específicos de arbitraje. En lo que ahora se trata, conviene advertir que no existe en la ley un arbitraje específico en materia sanitaria.

Por lo tanto, la controversia jurídica que tenga su origen en una prestación sanitaria deficiente podrá resolverse, en vía arbitral, de conformidad con la normativa general, esto es, habrá que aplicar la Ley 60/2003.

En cualquier caso, hay que señalar que, como el paciente de una actividad médica tiene la consideración de consumidor (así se deduce claramente del art. 148 del TRLCU) y el prestador de servicios médicos debe reputarse como empresario, no existiría obstáculo alguno de carácter objetivo o conceptual que impidiera que la controversia se resolviera mediante un arbitraje especial, como es el arbitraje de consumo.

Sin embargo, las dos anteriores afirmaciones han de matizarse. En primer lugar, porque la mayoría de las reclamaciones de daños derivados de la asistencia sanitaria provienen de actos médicos realizados por los servicios públicos de salud, y es en este ámbito donde ha de plantearse la posibilidad de que la Administración Pública sanitaria pueda someterse a un arbitraje de carácter privado regido por la Ley 60/2003. En segundo lugar, porque la actual regulación del arbitraje de consumo por el RDAC, excluye expresamente lo que estadísticamente constituye la mayor parte de las reclamaciones que actualmente se dirigen contra los profesionales sanitarios.

2. Arbitraje de la responsabilidad civil médica

En principio, son susceptibles de arbitraje «las controversias sobre materias de

libre disposición conforme a derecho» (art. 2.1 LA). Se trata, por tanto, de delimitar qué materias son de libre disposición por las partes.

Por ello, quedan fuera del arbitraje previsto en la Ley 60/2003 las cuestiones nacidas de materias sometidas a derecho cogente.

En particular, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley las materias penales y las laborales, sin perjuicio de los arbitrajes contemplados para esta última en su respectivo ámbito normativo, que se regirá por sus disposiciones específicas⁴⁸¹.

En la medida en que la indemnización que deriva de una mala praxis médica es una materia de libre disposición, cabe la aplicación de la Ley de Arbitraje. Por lo tanto, el prestador de los servicios médicos y el particular dañado pueden acordar que se determine, vía arbitral, si procede la indemnización por los daños causados, y la fijación de su cuantía.

El arbitraje es posible incluso cuando la actividad médica constituya un ilícito penal. En tal caso, evidentemente, el arbitraje no puede juzgar si hay o no delito, pero sí es materia arbitrable la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

En esta hipótesis, lo que en verdad sucede es que existen dos acciones, una penal y otra civil, que se rigen por principios distintos. Si bien las dos pueden acumularse en un mismo procedimiento, cabe que el particular dañado prefiera no ejercitar en la vía penal la acción civil, para utilizarla posteriormente ante un tribunal civil, o para que sea resuelta por vía arbitral (si las dos partes lo estiman conveniente).

La cuestión no es tan clara en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Uno de los escollos que suele presentarse en orden a la aplicación del arbitraje a la Administración Pública sanitaria es la exclusión de las materias administrativas.

En concreto, ha llegado a afirmarse, de forma equivocada, que la Ley General de Presupuestos impide a la Administración someterse al arbitraje al establecer «que no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública; ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, si no mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno».

Este último artículo no es de aplicación a cualesquiera supuestos de responsabilidad patrimonial, debiendo interpretarse circunscrito en su ámbito de aplicación a las relaciones tributarias entre la Administración y otros entes públicos o privados.

⁴⁸¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje, Dir. José GARBÉRÍ LLOBREGAT, Bosch 2004, pgs. 30 y ss.

Y en cuanto a la exclusión de la LA a las materias administrativas, habría que interpretar que la LA sería aplicable en lo que respecta a la determinación de la cuantía indemnizatoria y el modo de la compensación (no así la existencia de responsabilidad), ya que tanto el art. 88 de la Ley 30/1992 como el art. 8 de RD 429/1993 permiten la terminación convencional del procedimiento administrativo.

Tampoco puede sostenerse que el sometimiento de la Administración Pública a un mecanismo arbitral en este último sentido vulnera los arts. 103 y 106 CE si se trata de un arbitraje de equidad, ya que el art. 41 LA permite el control judicial sobre la validez del laudo por razones de orden público, vulneración del derecho de defensa e inexistencia de convenio arbitral, lo cual salvaguarda de forma adecuada el interés público y el sometimiento de la Administración Pública la Ley y al Derecho.

En los últimos tiempos, es relativamente frecuente la terminación convencional de los procedimientos administrativos relativos a conflictos derivados de la contratación pública a través de mecanismos de arbitraje de equidad.

Con todo, se ha apuntado con acierto que el modo más sencillo para introducir el procedimiento arbitral en la sanidad pública es por la vía de su compañía aseguradora de responsabilidad patrimonial, llegándose incluso a proponer como criterio preferente de adjudicación el compromiso de aceptación del arbitraje (algo así como una oferta pública de arbitraje dentro del sistema arbitral creado ad hoc, similar en su funcionamiento al mecanismo de adhesión empresarial al sistema arbitral de consumo previsto por el RDAC) en los pliegos de condiciones de concurso público a los seguros del Servicio Nacional de Salud⁴⁸².

3. La responsabilidad civil y el arbitraje de consumo

Como ya se ha dicho, el artículo 31 de la Ley de Consumidores de 1984 disponía que el Gobierno establecería un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atendería y resolvería con carácter vinculante y ejecutivo para las partes interesadas las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios. En desarrollo de esta previsión se dictó el RD 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo. Hoy la regulación estatal está contenida en los arts. 57 y 58 del TRLCU y en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC).

El Real Decreto no contiene una definición de arbitraje. Simplemente se limita a establecer su finalidad (en el art. 2.1). Pero puede definirse como un mecanismo de resolución extrajudicial de los conflictos en virtud del cual el consumidor y el empresario que le presta bienes o servicios convienen en someter a la decisión de un colegio arbitral, designado por la Administración, una determinada controversia presente o que pueda surgir en el futuro.

⁴⁸² PANTALEÓN PRIETO, F., Actas del Congreso de la Asociación de Derecho Sanitario, 1999.

En consecuencia, las notas distintivas del arbitraje de consumo son las siguientes:

1.- Su naturaleza institucional. Por estar promovido y encomendado a instituciones arbitrales permanentes (las Juntas Arbitrales de consumo).

2.- Su voluntariedad. Como en todo arbitraje, no cabe sometimiento al arbitraje de consumo si una de las partes rechaza utilizar este sistema de resolución de los conflictos. El procedimiento se inicia con la formalización de una Solicitud de Arbitraje, que puede presentarse en la Junta Arbitral de Consumo directamente o a través de una Asociación de Consumidores. Una vez recibida la solicitud se comprobará si el comerciante o empresario reclamado está adherido al Sistema o bien utiliza el distintivo. Si lo está, comenzará el procedimiento propiamente dicho, si no lo está, se le trasladará la solicitud disponiendo de un plazo de 15 días para aceptarla o rechazarla. Si es rechazada por el empresario la invitación al arbitraje, se archivará la solicitud sin más trámites, dado el carácter voluntario del Sistema.

3.- Su gratuidad. El arbitraje de consumo es gratuito. Los gastos de administración del arbitraje los sufraga la Administración de quien depende la Junta Arbitral. Las partes sólo están obligadas a sufragar las pruebas que ellas hayan propuesto; las acordadas de oficio (hoy únicamente las que se consideren imprescindibles) serán costeadas por la Administración de la que depende la Junta Arbitral de consumo.

4.- Su carácter vinculante y ejecutivo del laudo. Esta característica no constituye en verdad ninguna especialidad del arbitraje de consumo, pues ya en el arbitraje regulado con carácter general en la Ley 60/2003 puede afirmarse que el laudo vincula a las partes, y que si no se cumple voluntariamente, cabe solicitar su ejecución como si de una sentencia judicial se tratase.

5.- Su unidireccionalidad. El arbitraje de consumo sólo se pone en marcha a instancia del consumidor, cuando presenta una solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda. Eso no significa que no quepa la reconvencción (art. 43 RDAC). Pues presentada la reclamación por el consumidor, el empresario reclamado puede reclamar él a su vez contra el consumidor siempre que se trate de una cuestión que sea posible dirimir dentro del arbitraje de consumo.

Ahora hay que plantearse si cabe someter el arbitraje específico de consumo la responsabilidad civil médica. Para que una concreta controversia jurídica pueda resolverse mediante el arbitraje de consumo, ésta debe entrar dentro del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo diseñado en el RDAC.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, se requiere que las dos partes en conflicto sean un empresario y un consumidor. En el caso de la responsabilidad civil médica se satisfacen estos requisitos subjetivos, pues de una parte existe un empresario que presta servicios médicos (clínica privada, dentista, cirujano plástico, etc.), y de otra un consumidor, pues es evidente que el paciente que

recibe servicios médicos privados puede jurídicamente ser calificado como «consumidor», de conformidad con el artículo (TRLUCU, tal y como se desprende sin más del art. 148 del mismo texto.

Ahora bien, la específica delimitación subjetiva (empresa o profesional ex art. 1.2 RD 231/2008) excluye a la sanidad pública responsable patrimonialmente, frente al criterio más abierto del TRLUCU, que permite la naturaleza pública del ente prestador de los servicios.

En relación con la delimitación objetiva, hay que entender que son susceptibles de arbitraje de consumo «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho» (arts. 2.1 LA y 2.1 RDAC).

Existe, sin embargo, una doble limitación.

1ª.- El artículo 2.2 RDAC enumera las materias que no se pueden resolver en arbitraje de consumo. No pueden ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre «intoxicación, lesión muerte o existan indicios racionales de delito (art. 57.1)».

Esta exclusión, que tiene su origen en la Ley de Consumidores de 1984 (art. 31), obedece sin duda a la prudencia con la que el legislador concibió el arbitraje de consumo, teniendo en cuenta también el entonces reciente «asunto de la colza».

Parece que se pretendió excluir del arbitraje de consumo asuntos de tanta trascendencia social y económica, pues podrían suponer una carga excesiva para el sistema arbitral, y en definitiva, para la Administración Pública encargada de administrarlo.

El RDAC, después de reproducir el citado art. 57.1 LGDCU, añade que también está excluida «la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos» (art. 2.2 RDAC); esto es, la responsabilidad civil derivada de la intoxicación, lesión, muerte o de los hechos que constituyen indicios racionales de delito. Esta norma puede constituir un obstáculo para que la mayoría de los supuestos de responsabilidad civil médica puedan dirimirse en arbitraje de consumo.

En algunos casos la exclusión es clara. Así, por ejemplo, si en una intervención quirúrgica de cirugía estética el paciente sufre lesiones abdominales o le quedan cicatrices (en contra de lo que se le informó previamente), o cuando un paciente con cáncer es sometido a un tratamiento de quimioterapia incorrecto, que le provoca daños corporales graves, es evidente que hay una «lesión» corporal, y que ello excluye la posible petición de indemnización por vía arbitral de consumo.

Pero es cierto que pueden existir supuestos de responsabilidad civil médica muy frecuentes en la actualidad en los que, técnicamente, no puede hablarse de lesión corporal al paciente. Por ejemplo, ello ocurre en los supuestos englobados bajo los conceptos anglosajones de *wrongful life* y *wrongful Barth*.

Por ejemplo, cuando una mujer embarazada no es informada de las malformaciones fetales en el período en que podría haber optado por acogerse a los supuestos de aborto legal, cuando una mujer queda embarazada después de haber sido sometido su marido a una operación de vasectomía, debido a la falta de información médica sobre la necesidad de utilizar medios anticonceptivos adicionales después de la operación, durante un determinado período de tiempo.

En esta hipótesis, no puede hablarse de lesión, por lo que parece que los daños que puedan exigirse a la clínica o al médico podrán ser reclamados por la vía de arbitraje de consumo. Incluso es posible plantearse, al menos en el plano teórico, la posibilidad de admitir en el sistema una gran parte de los supuestos que hoy se enjuician como daños directamente derivados de la actividad médica y que en realidad responden a supuestos de mala praxis por falta de información asistencial que se traducen en una «pérdida de oportunidad» para el paciente⁴⁸³.

Adviértase, en todo caso, que el arbitraje de consumo sí puede funcionar, sin ningún tipo de problema, para cualquier otra controversia jurídica que se plantee entre la clínica, el médico y el paciente, distinta de la reclamación de daños y perjuicios por mala praxis médica. Por ejemplo, cuando la controversia versa sobre la obligación de pago que incumbe al consumidor (paciente), o sobre otras obligaciones de carácter contractual asumidas por la clínica en el marco de un contrato de hospitalización (prestación de alojamiento, de manutención, etc.).

2ª.- La que tiene que ver con el tipo de controversias que pueden resolverse mediante el arbitraje de consumo. Es innegable que el arbitraje de consumo sirve para resolver las controversias que tienen un origen contractual; esto es, las que derivan del incumplimiento de un contrato, en particular, los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento. Sin embargo, es discutible si también puede utilizarse para resolver las controversias no contractuales (en particular, los daños extracontractuales). Ciertamente es que el RDAC no contiene una previsión expresa sobre esta materia. Pero también lo es que el arbitraje de consumo sólo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo. Y que la relación de consumo se define por su origen contractual: hay un sujeto que adquiere bienes o servicios de un empresario. Conforme a esta interpretación, no cabe la reclamación de daños extracontractuales por la vía del arbitraje de consumo.

Esto tiene importancia en materia de responsabilidad civil médica, pues excluye la vía arbitral de consumo cuando se trata de responsabilidad

⁴⁸³ MEDINA ALCOZ, L., «La teoría de la pérdida de oportunidad», Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007; ASUA GONZÁLEZ, C., «Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», Cuadernos de Aranzadi Civil, núm. 31/2008. Sobre la pérdida de oportunidad la Sentencia del TS Secc. 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de julio de 2008, ponente HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, Joaquín.

civil médica de carácter extracontractual, como lo son cualesquiera asistencias de urgencia en accidentes en los que no existe previa petición ni aceptación de los servicios médicos prestados en la medida en que el supuesto no estuviera ya excluido por aplicación de la regla general.

Más discutiblemente, los supuestos (no excluidos en virtud de la regla general) en los que el contrato de asistencia médica se suscribe entre el paciente (o sus beneficiarios) y un tercero asegurador de asistencia sanitaria, quien a su vez contrata y designa al facultativo responsable del tratamiento, ya que en este caso no se trataría tanto de un problema de exclusión de la vía arbitral de consumo como de correcta localización del empresario legitimado pasivamente para la reclamación arbitral (la aseguradora de salud).

4. La futura regulación del arbitraje sanitario

Ya se ha podido observar que el arbitraje institucional de consumo no es aplicable a la mayor parte de los supuestos de responsabilidad médica, tal y como el mismo se regula en el RDAC. La cuestión ahora es si una futura regulación del arbitraje sanitario debería adoptar las especialidades del arbitraje de consumo o si, por el contrario, la responsabilidad médica en general, y en nuestro país en particular, desaconsejan adoptar el modelo propuesto para el ámbito del consumo en general.

En materia de conciliación y mediación en materia de asistencia sanitaria entendida como sistema meramente exploratorio y carente de eficacia vinculante se han articulado en nuestro Derecho Sanitario algunas figuras referidas a los servicios de atención al usuario como la Comunidad de Castilla-La Mancha que aprobó un Plan Director de Seguridad Corporativa y Protección del Patrimonio de su Servicio de Salud (Plan Perseo) en el que se ha regulado un procedimiento de mediación para la resolución de conflictos entre usuarios y profesionales, y junto a dicho servicio convive la figura del Defensor del Paciente⁴⁸⁴, con funciones de intermediación en los conflictos que planteen los ciudadanos como usuarios del sistema sanitario.

También pueden tener funciones de arbitraje y mediación las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y los Colegios Profesionales cuya Ley 2/1974, de 13 de febrero reformada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre⁴⁸⁵, o el Tribunal de Conciliación, Mediación y Arbitraje en materia de Responsabilidad Sanitaria en el seno de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid, aunque lo cierto es que tales iniciativas no

⁴⁸⁴ V. gr. En la Comunidad de Madrid la Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria; en la Rioja regulado por D. 1/2005, de 7 de enero; en Extremadura por D. 4/2003, de 14 de enero.

⁴⁸⁵ Los estatutos del Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya y el de Orense atribuyen funciones arbitrales para dirimir conflictos entre pacientes y facultativos.

han cristalizado.

Sin embargo existen espacios para articular soluciones jurídicas que permitan aplicar un instrumento de heterocomposición de naturaleza arbitral a los conflictos sanitarios en el que conforme al art. 63 del RD 231/2008 el Sistema Arbitral de Consumo puede actuar como soporte administrativo de otros arbitrajes siempre que así se acuerde por las respectivas Administraciones públicas⁴⁸⁶.

Algunos autores opinan que, las particularidades del sistema arbitral de consumo no pueden ser traspuestas a un futuro arbitraje institucional en materia sanitaria, dado que:

1º.- En el sistema arbitral de consumo no está prevista la intervención de un tercero. Pero en un futuro sistema arbitral en materia sanitaria se debería admitir (incluso propiciar en el caso de que el reclamado sea un servicio público de salud) la intervención de la entidad aseguradora de la responsabilidad (civil o patrimonial), ya que la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias exige a los profesionales que desarrollan su actividad en el ámbito privado la suscripción de un seguro de responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

La sumisión a arbitraje sin consentimiento del asegurador dejaría sin efecto la cobertura del siniestro, en virtud de lo dispuesto en la LCS⁴⁸⁷.

2º.- Existen recelos de distinto signo en cuanto a la composición de los colegios arbitrales. Si la institución arbitral es médico-colegial, los pacientes pueden desconfiar de ella por sospechas de corporativismo profesional. Pero si la institución es de carácter institucionalizado y confiado a la Administración pública en cuanto a su organización y funcionamiento, son los profesionales (fundamentalmente los dedicados a la sanidad privada) los que pueden desconfiar del carácter tuitivo del paciente y persecutorio del profesional con que se plantea el sistema. Por ello, la estructura prevista en el seno del Colegio de Abogados, con participación expertos jurídico legales, aseguradoras, facultativos y asociaciones de pacientes, se revela como la más adecuada, al permitir a su vez el cumplimiento del requisito arbitral del arbitraje de Derecho (que los árbitros sean abogados en ejercicio, lo que a su vez evita los recelos del sometimiento de la Administración).

⁴⁸⁶ CAYON DE LA CUEVAS J. «Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro», ponencia 18 septiembre 2009 en I Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles Universidad de Cantabria e Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos.

⁴⁸⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España», Aranzadi civil, núm. 3, 2007, págs. 2691-2709.

3º.- En general, los profesionales sanitarios son más reacios que el resto de los empresarios o profesionales a la aceptación del convenio arbitral, por el prejuicio psicológico de admitir su culpa o cuando menos, su intervención causal en el daño, del que depende no poco su prestigio profesional.

No hay que olvidar al respecto que uno de los grandes incentivos del sistema arbitral de consumo, cual es el uso del distintivo que acredita ante el público que la empresa ha realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo (art. 25 RDAC) es capaz por sí sola de sugerir la posibilidad del error, perdiéndose entonces una de las grandes motivaciones empresarias respecto del sistema. La eficacia del distintivo sólo sería real si se regulase como circunscrita a un sistema de compensación acelerada de resultados adversos predeterminados como evitables, siguiendo el modelo de EEUU.

4º.- Por su especial gravedad e incidencia sobre los derechos fundamentales a la vida y la integridad física no parece adecuada a estos supuestos la validez del sometimiento del usuario a arbitraje de consumo en contrato de adhesión del usuario que sin embargo sigue permitiendo en su ámbito de aplicación el TRLCU (arts. 57 y 90.1).

5º.- Una característica del Sistema Arbitral de Consumo es la unidireccionalidad. Es decir, que el procedimiento sólo puede ser puesto en marcha a instancia del consumidor y nunca del empresario, aunque, a lo largo del proceso, el empresario puede plantear cuestiones o pretensiones que estén directamente vinculadas con la reclamación (de hecho, el RDAC contempla ahora expresamente la reconvencción en su artículo 43). Pero esta característica puede motivar el recelo de los profesionales reclamados, como así se ha constatado en la experiencia mexicana dentro del funcionamiento del CONAMED, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad.

6º.- La que parece la más importante de todas las disfunciones que las particularidades del arbitraje de consumo podrían ocasionar de ser transpuestas a un futuro sistema arbitral de reclamaciones sanitarias. La gratuidad del arbitraje de consumo no está justificada ante las grandes sumas indemnizatorias que se reclaman en los supuestos de responsabilidad médica. En efecto, la principal razón para regular de forma diferenciada el arbitraje de consumo es el mandato constitucional de proteger los intereses de los consumidores mediante procedimientos eficaces (art. 51 CE). Es evidente que el consumidor puede ejercitar sus derechos por la vía judicial. Sin embargo, esta vía es insatisfactoria para el consumidor, ya los procesos judiciales no son, por lo general, adecuados para solventar controversias de escasa, cuando no ínfima cuantía económica.

El consumidor renunciará a la realización judicial de su derecho cuando compruebe que son mayores los costes totales del proceso que su interés en el pleito.

Esto obliga a los Poderes Públicos a proteger el interés del consumidor asumiendo no solo el coste del proceso, sino el de las propias pruebas que no se propongan a instancia de las partes. La consecuencia de todo ello es un sistema deficitario -económicamente hablando- que no se justifica ante la entidad económica y moral del interés que lleva a los damnificados por un resultado sanitario adverso a reclamar su derecho a ser indemnizados, y que sólo puede mantenerse debido al bajo coste de las pruebas que suelen realizarse en el ámbito del arbitraje de consumo.

7º.- Es dudoso, que la propia Administración Pública pueda soportar el elevado coste de las pruebas necesarias para clarificar los supuestos de responsabilidad médica, habida cuenta de que es la propia Administración Pública sanitaria la que resulta beneficiada de la duración de los procesos contencioso-administrativos que actualmente soporta cuando se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial derivado de prestaciones de carácter sanitario⁴⁸⁸.

III. EL PROCESO ARBITRAL DE CONSTRUCCION: LOS *DISPUTE BOARDS*

El proceso arbitral en materia de construcción, es en su estructura general igual a los demás procesos arbitrales, en el que se dan ciertas peculiaridades por el tipo de controversias que pueden surgir relacionadas fundamentalmente con el objeto del contrato, con el incumplimiento de los plazos contractuales y con la reclamación de daños y perjuicios.

Probablemente una de las singularidades más destacables derivada de la estandarización de los contratos de construcción a nivel internacional debida al creciente desarrollo globalizado, supone la necesidad de planear y ejecutar grandes obras de infraestructuras en que generalmente participan una o varias empresas de distintos países, distintas al país de ejecución de la macro construcción, que exige la participación de entidades financieras y empresas de seguro, que por lo general no provienen exclusivamente del país de ejecución del proyecto.

En este tipo de obras en que participan empresas de distintas nacionalidades y jurisdicciones ha surgido la necesidad de ir uniformando las reglas del juego de

⁴⁸⁸ Sin embargo en la Comunidad Autónoma de Cantabria, se inicio en octubre de 2010 en Laredo, la primera Unidad Funcional de Gestión de Conflictos en materia de sanidad, como iniciativa pionera en la que han participado miembros de la Universidad de Cantabria y expertos de otras Universidades y países, y la propia Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de Octubre, de Mediación en la Comunidad Autónoma de Cantabria, declara su supletoriedad en la mediación en el ámbito sanitario en su Disposición Adicional Única, señalando que «*la mediación como sistema de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito sanitario se regirá por su normativa específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la presente Ley en cuanto resulte compatible con su naturaleza*».

forma que al inicio de las obras constructivas cada interviniente sepa anticipadamente a que riesgos se está sometiendo.

Una de las entidades que mayor participación tiene en la uniformidad de estas contrataciones de construcción es la Federación Internacional de Consejos de Ingenieros⁴⁸⁹ (FIDIC).

Por su aportación a la estandarización de los contratos internacionales de construcción, que viene desarrollando la forma contractual usada en la gran mayoría de las operaciones de ingeniería civil, como modelos que en la práctica internacional se ha denominado «*sentido común en la ingeniería*».

Esta asociación ha efectuado formatos contractuales tales como las condiciones de Contrato de Construcción e Ingeniería Civil, más conocido como «*libro rojo*» que viene siendo usado para grandes proyectos de infraestructura reconocido por el Banco Mundial que lo incorporó a sus documentos estándar de licitación para obras. Los modelos desarrollados son sobre Condiciones de Contratos de Construcción, Condiciones de Contratos para el Diseño y Construcción de Plantas, Condiciones de Contratos para Proyectos⁴⁹⁰.

El primer modelo de Condiciones Generales de Contratación para trabajos de Construcción y Obras de Ingeniería Civil «*Reed Book*» es un modelo del que deben destacarse que está compuesto por un formato de oferta, un formato de acuerdo y las condiciones contractuales. Estas condiciones contractuales contienen las condiciones generales y las condiciones específicas, en el que se percibe que la intención es que en cada contrato únicamente se varíen las condiciones particulares adaptándolas al caso específico.

Entre las cláusulas más relevantes se encuentran: el precio, la figura del *engineer*, las demoras en las obras, o la *resolución de disputas*.

Con el propósito de resolver de manera más eficaz los conflictos generados en el desarrollo de los contratos de construcción internacional, se crearon los Dispute Adjudication Board en el Reino Unido y el Dispute Resolution Board en los Estados Unidos.

Los Dispute Boards (DB) en general, son comités encargados de resolver las disputas de una manera ágil y económica, y generalmente se constituyen desde el inicio del contrato y se mantienen con permanencia y remuneración

⁴⁸⁹ FIDIC es la asociación mundial más importante de profesionales de la ingeniería, con sede en Lausanne (Suiza), integrada por sesenta y siete miembros de diferentes países, que representan a 560.000 profesionales de la ingeniería y la construcción.

⁴⁹⁰ EPC/TURNKEY forma contractual recomendada para aquellos casos en los que una sola entidad tiene la responsabilidad total de la ejecución del proyecto de construcción o ingeniería (Silver Book de FIDIC, actualmente propuesto para el tercer juego de exclusas del Canal de Panamá)

durante toda la ejecución del mismo. Están compuestos por uno o tres miembros que conocen con profundidad el contrato y su ejecución, ayudando de manera informal a las partes a resolver desacuerdos que pueden surgir durante la ejecución del contrato y emiten recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier conflicto que planteen las partes.

No se trata de tribunales de árbitros constituidos en la etapa previa al conflicto, sino de concedores de la materia que están al servicio de un proyecto determinado con ciertas obligaciones tales como visitar periódicamente el tajo o mantener reuniones con el promotor y contratista para analizar el desarrollo de la obra y cualesquiera otras obligaciones que sean exigidas por las partes, activando este sistema como primer paso para la solución de las disputas, siendo frecuentemente un paso previo al arbitraje, pues las decisiones de estas, no tienen la fuerza de un laudo.

Fue FIDIC la organización que introdujo el uso de los consejos o juntas de resolución de disputas entre 1995 y 1996, incluyéndolos en todos los contratos modelos⁴⁹¹, consiguiendo uniformidad en la contratación internacional, pues estos contratos, junto con las decisiones arbitraje han creado lo que se viene denominando la *Ius Ingeniorum* o Lex Mercatoria de la construcción internacional.

Como regla general, los miembros deben hacer declaración expresa sobre su independencia e imparcialidad, y declarar que tienen suficiente experiencia para la interpretación del contrato, que no tienen interés financiero alguno con las partes del contrato, que no han sido empleados de ninguna de ellas, no tienen relación con los empleados y directores, o que toda la información que se les suministre tendrá el carácter de confidencial.

Las ventajas más significativas son la disponibilidad inmediata, permitiendo así no solo un conocimiento inmediato y efectivo de las disputas que se presenten, sino también un conocimiento de los hechos que puedan potencialmente producir un conflicto, de manera que su actividad no se limita a la toma de decisiones, pues también se da consejo y dirección a las partes durante la ejecución del proyecto.

Igualmente en la mayoría de los casos el mecanismo da una solución económica y eficiente, evitando los costos del arbitraje, resolviendo los conflictos con la finalidad de evitar disputas que pudieran quedar pendientes a la finalización de la ejecución de la obra, evitando su extensión en el tiempo, que en gran parte de los casos se generan con posterioridad a la entrega de la obra, por lo que las Dispute Boards se están convirtiendo en parte de un mecanismo adecuado de solución de controversias, como una etapa previa al arbitraje, que viene logrando una importante disminución de los conflictos en las empresas de construcción.

⁴⁹¹ Como ejemplo en el proyecto del internacional Airport de Hong Kong se constituyó un Dispute Boards de siete miembros con paneles de tres miembros para conocer diferentes conflictos, realizando aproximadamente dieciséis visitas al lugar de la obra y resolviendo seis disputas, de las cuales entregó cinco recomendaciones que fueron acatadas por las partes, la única que fue sometida a arbitraje fue conformada por el Tribunal Arbitral.

**CUARTA PARTE: ARBITRAJE Y MEDIACION: ANALISIS
COMPARATIVO DE LA HETEROCOMPOSICION Y LA
AUTOCOMPOSICION**

CAPÍTULO PRIMERO

I. LA MEDIACION EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: SIMILITUDES CON EL ARBITRAJE DE CONSUMO

El modelo de justicia contemporáneo viene siendo criticado por su lentitud, coste económico, rigidez o formalismo excesivo de su actividad, frente a ello la bondad del arbitraje y la mediación y, sobre todo, la rapidez que esta nueva normativa va a proporcionar en la solución del conflicto, hace que las nuevas tendencias se decanten hacia las opciones alternativas de corte extrajudicial, fundamentalmente de naturaleza heterocompositiva, ya sea de forma espontánea o bien de forma voluntaria, que ofrece cambios respecto a la búsqueda de métodos de solución pacífica de conflictos en las últimas décadas, siendo sin duda uno de los más importantes la apuesta por aquellas soluciones extrajudiciales que aporten rapidez y flexibilidad en la solución de las disputas que parece no aportar la solución judicial.

La creciente demanda de soluciones alternativas⁴⁹² a la típicamente jurisdiccional en la resolución de los conflictos⁴⁹³, unido a otro de los grandes elementos de cambio y evolución de la solución de controversias como es el progresivo influjo directo que la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea y con ello, la correspondiente asimilación de la normativa emanada de la misma, que se está generando en el desarrollo normativo de nuestro Derecho procesal interno.

Y ello dado que es la Unión Europea en la promoción, e instauración progresiva entre sus Estados miembros, la que impone la necesidad de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos en el marco del Derecho civil y mercantil, para la solución pacífica, judicial o extrajudicial, de sus conflictos tanto a nivel interno como a nivel comunitario.

Ya desde el Acta Única Europea de 1986 y la aceptación de la Comunidad Europea como un espacio interior sin fronteras, se comenzó a fraguar la futura figura del «espacio judicial europeo» y con ello la previsión de adoptar normativamente aquellas iniciativas necesarias para fomentar la cooperación en materia judicial entre los distintos Estados miembros, así el Tratado de Maastricht, en 1993, procedió definitivamente a integrar, en su Título VI, la cooperación judicial civil como cuestión de interés común de los Estados

⁴⁹² CALVO SÁNCHEZ, M. C., «El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral», *Arbitraje, mediación y conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 215-244.

⁴⁹³ PEDRAZ PEÑALVA, E., «El proceso y sus alternativas», *Arbitraje, mediación y conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 11-58.

miembros de la Unión Europea.

En el Tratado de Ámsterdam se preveía el traslado de la cooperación judicial en materia civil con el fin de crear un espacio judicial europeo que facilitase el desarrollo de las libertades ciudadanas comunitarias elementales, con el propósito de adecuar un marco judicial común, o al menos de mínimos, entre los distintos Estados miembros de la Unión que conjugase sus distintas tradiciones jurídicas y con ello permitir al ciudadano y las empresas implicadas en el tráfico civil y mercantil un acceso sencillo al sistema judicial de otro país miembro con la misma facilidad que en su propio país es el objetivo prioritario y final, dado que en dicho Tratado se asocia la cooperación judicial civil a la libre circulación de las personas (artículo 65), siendo el principal objetivo de este espacio judicial europeo simplificar el entorno jurídico existente en la Unión Europea.

1. La mediación como solución extrajudicial de litigios en materia de consumo

Las Recomendaciones 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo⁴⁹⁴, y 2001/319/CE, de 4 de abril relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo⁴⁹⁵, reconocen el arbitraje y la mediación como mecanismos idóneos, estableciendo respecto de todo órgano existente o que pueda crearse, que tenga como competencia la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, aptas igualmente para la solución de conflictos de carácter civil y mercantil, los principios de:

- 1) Independencia que recae sobre el órgano responsable de la toma de decisión y con ello se trata de asegurar la imparcialidad de su actividad los cuales se garantizaría a través de las medidas de capacidad, experiencia y competencia, especialmente en materia jurídica, de la persona designada; estabilidad en sus funciones de la persona designada, cuyo mandato estará garantizado temporalmente y sin posibilidad de ser destituida injustificadamente.

La persona designada que desempeñe sus funciones remuneradamente no podrá haber mantenido relaciones laborales en los tres años anteriores con la empresa, asociación o persona que le haya nombrado.

- 2) Transparencia, que garantizará la normalidad procedimental con medidas como la comunicación por escrito, o en cualquier otra forma apropiada, a cualquier persona que lo solicite, de informaciones relativas a la descripción de los litigios que pueden someterse a ese concreto órgano y los límites, de existir, en cuanto a cobertura territorial de la

⁴⁹⁴ Diario Oficial L 115 de 17 de abril de 1998.

⁴⁹⁵ Diario Oficial L 109 de 19 de abril de 2001.

eficacia de su actuación o la cuantía del objeto del litigio; una serie de normas relativas a la consulta del órgano, como pueden ser consultas previas, carácter escrito u oral del procedimiento, comparecencia y representación de las partes en el procedimiento, lenguas del mismo; coste del procedimiento para las partes y reparto de los mismos; tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano; modalidades de toma de decisión del órgano; valor jurídico de la decisión, precisando si es obligatoria para las partes o no, las sanciones en caso de incumplimiento, las opciones de impugnación.

- 3) Contradicción, que en el procedimiento implicará la posibilidad de que todas las partes interesadas puedan alegar lo que a su derecho convenga ante el órgano encargado de la solución del conflicto y que en el mismo sentido tengan conocimiento de las posturas y alegaciones del resto de partes, y no sólo ello sino que puedan intervenir y alegar en todos los actos del procedimiento que afecten a sus derechos.
- 4) Eficacia, asegurada por medidas que garanticen el acceso al procedimiento de solución alternativa del conflicto sin la necesidad de asistencia legal preceptiva; la moderación económica del coste de dicho procedimiento, bien por ser totalmente gratuito o con unos costes fácilmente asumibles; rapidez y celeridad en la tramitación procedimental y otorgamiento de amplias facultades al órgano encargado de la solución del conflicto, respetando la debida imparcialidad, para tener presente cualquier circunstancia útil para la solución del litigio.
- 5) Legalidad, entendido éste por la Recomendación con carácter general en el concreto ámbito de las ADR, partiendo de lo establecido particularmente en el texto de referencia en materia de derecho del consumo, como que la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar a las partes de la protección que le otorguen normas imperativas de la legislación del Estado miembro en que tenga lugar la resolución del conflicto, y en segundo lugar implicaría también que toda decisión del órgano ha de ser justificada y además comunicada a las partes interesadas.
- 6) Libertad, pues con el predominante carácter consensual de las ADR se establece como consecuencia este principio que implica que la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado previamente, y como también se ha anticipado anteriormente, sin que el recurso a la ADR implique un menoscabo de la posibilidad de las partes de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de una solución para el litigio.
- 7) Representación, las partes podrán hacerse representar o acompañar, con carácter voluntario y no preceptivo, por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

2. Antecedentes normativos de los procedimientos alternativos y extrajudiciales de resolución de conflictos civiles y mercantiles

La elevación máxima de las aspiraciones comunitarias en materia de justicia e interior tuvo lugar con la celebración de una sesión especial, y monográfica, del Consejo Europeo en Tampere el mes de octubre de 1999, donde se genera la idea de la creación y consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, como vía decisiva para la integración de los Estados miembros, firmemente ligado a los compromisos de libertad.

Ello sirvió para que se sentaran las bases de futuras actuaciones cuya pretensión última era ir acondicionando progresivamente la complejidad de los sistemas jurídicos de los Estados Miembros hacia un estrato normativo común y que con ello no se impidiera a los ciudadanos ejercer sus derechos con un mejor acceso a la justicia, incluyendo la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de conflictos, tanto para particulares como para empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial como única vía posible.

El ejercicio de las libertades comunitarias, requiere de un auténtico espacio de justicia en que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio, y con la premisa general de tratar de converger, también en este concreto ámbito de actuación política, y compatibilizar los sistemas judiciales de todos y cada uno de los Estados que integran la Unión, y a su vez evitar que acaezca incompatibilidad o complejidad entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros que impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de hacerlos, estableciendo la recomendación a los Estados miembros en cuanto «deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos», encomendando a los Estados miembros la puesta en marcha de procedimientos alternativos y extrajudiciales de resolución de conflictos respecto de asuntos civiles y mercantiles y con ello que al tiempo se produjese una mejora en el funcionamiento de los sistemas judiciales en cada uno de los espacios nacionales.

El hito en el objetivo comunitario de aproximación legislativa en materia procesal civil lo representa la «constitucionalización del espacio de libertad, seguridad y justicia» llevada a cabo mediante su inclusión en el texto del Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa (TCE) firmada en Roma el 29 de octubre de 2004, y ratificada por España mediante LO 1/2005, de 20 de mayo (BOE del 21 de mayo de 2005), que en último término no es más que el refrendo del creciente protagonismo y magnitud que estos objetivos han alcanzado dentro del desarrollo y consolidación de la Unión Europea⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Aceleración de la Justicia civil en la Unión Europea», *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 5278-5282; JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances», *Unión Europea Aranzadi*, 2005, núm. 7, págs. 5-19, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «Cooperación judicial: la integración de sistemas jurídicos

Así, dentro de la Parte III, dedicada a las Políticas y el Funcionamiento de la Unión, concretamente en su Capítulo V, que versa monográficamente sobre el «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», los arts. III-257 a III-264 establecen las disposiciones generales en la materia, y de manera más específica y singular el art. III-269 que regula particularmente la «cooperación judicial en materia civil».

En esta reformulación de los objetivos primordiales en materia procesal civil comunitaria se alude una vez más, y de forma expresa en el apartado 2 g) del citado precepto, a la adopción de las pertinentes medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, para el «desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios».

Por tanto una de las prioridades ha sido el diseño de nuevas vías de solución de conflictos de índole mercantil y civil, que como alternativa a la jurisdiccional puedan proporcionar a los ciudadanos comunitarios una solución rápida, ágil y poco costosa económicamente, factores éstos que lastran la percepción de la justicia y que se esbozan como reclamos de dichas alternativas de solución de conflictos de procedencia extrajudicial.

Como primera medida de desarrollo de las prioridades marcadas en el TCE se presentó el Programa de la Haya⁴⁹⁷, y el correspondiente Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplicó dicho Programa sobre refuerzo de la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, que tomaron como punto de partida los principios comunitarios de subsidiariedad, proporcionalidad, solidaridad y respeto de los sistemas y tradiciones jurídicas de todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión, manteniendo como orientación el refuerzo de la justicia, y en especial el esfuerzo para conseguir que las fronteras entre los países de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil y mercantil.

Dentro del *íter* normativo recorrido desde los primeros pasos en la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión, y concretamente dentro de las actuaciones en materia de cooperación judicial civil, parece suficientemente justificado que han existido intenciones comunitarias tendentes a fomentar y desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos en materia civil y mercantil, tomando conciencia de la eclosión de las alternativas a las resoluciones de conflictos en sede judicial, como vías que pueden ofrecer al ciudadano un acceso mejorado a la solución de sus disputas, y en su ámbito

en el ámbito de la Unión Europea», *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Eduardo Font Serra*, Madrid, 2004, Tomo I, págs. 361-384.

⁴⁹⁷ Adoptado en el Consejo Europeo de Bruselas de noviembre de 2004 y titulado: «Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea». Publicado en DOCE de 3 de marzo de 2005 (referencia 2005/C 53/1). Véase también la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2005 [referencia COM(2005) 185 final] «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia», así como el Dictamen emitido al respecto por el Comité de las Regiones publicado en el DOCE de 20 de septiembre de 2005 (referencia 2005/C 231/13).

competencial, a la solución de disputas transfronterizas, lo que dio lugar al nacimiento del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁴⁹⁸ presentado por la Comisión en abril de 2002, y posteriormente la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁹⁹ presentada en octubre de 2004, que finalmente dio lugar en nuestra regulación interna a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y posteriormente a su reglamento, contenido en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley.

Con la presentación por la Comisión del Libro Verde, en 2002, se exploraba y examinaba desde una perspectiva muy general la posibilidad de las soluciones alternativas a la resolución de litigios en la Unión y se abrió una amplia consulta tanto a los Estados miembros como a las partes interesadas.

Avanzando un poco más, dos años después, se preparó la propuesta de Directiva en materia de mediación civil y mercantil, como instrumento idóneo para alcanzar unos resultados eficaces y salvaguardar al mismo tiempo las características propias de los derechos nacionales en la resolución de los litigios en las citadas materias.

Conviene considerar en último término, como antecedente valioso, la práctica de la mediación en materia de consumo, instaurada comunitariamente a través de Recomendaciones de la Comisión de 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998 y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001 con una arraigada tradición y gran utilidad práctica, debido en parte a su incorporación en las normas jurídicas de protección de los consumidores.

Las alternativas que presenta la Unión en la materia excluyen totalmente el arbitraje; el cual, en este concreto ámbito comunitario, tiene la consideración de una solución de conflictos cuasi-jurisdiccional. La actividad comunitaria se centra exclusivamente en las distintas posibilidades de solución extrajudicial que se han englobado dentro de las *alternative dispute resolution* (ADR)⁵⁰⁰.

Por tanto, los considera procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos mediante la intervención de las partes y un tercero imparcial, al entender la Unión Europea que en este sentido se erigen como posible y viable respuesta a la creciente aversión a la solución judicial de conflictos como consecuencia del excesivo volumen de litigiosidad que deben soportar los órganos jurisdiccionales y que repercute directamente en la lentitud de la resolución de los distintos procedimientos además del excesivo coste económico que éstos conllevan.

⁴⁹⁸ COM(2002) 196 final.

⁴⁹⁹ COM(2004) 718 final.

⁵⁰⁰ BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, 1999.

Conviene no olvidar que las modalidades alternativas de solución de conflictos no deben pasar de considerarse como un complemento de la solución de conflictos típicamente jurisdiccional, en cuanto posibilidad a disposición de las partes para evaluar la conveniencia de acudir al procedimiento jurisdiccional u optar por otra alternativa más rápida, eficaz y menos costosa, pero en ningún caso deben ser aceptadas como excluyente de la jurisdicción.

En definitiva, las ADR y en igual medida las posibilidades jurídicas que se extraigan de las políticas comunitarias de desarrollo de soluciones extrajudiciales de conflictos, son instrumentos a los cuales las partes pueden recurrir libremente, decidiendo qué organización o qué persona se encargará del proceso, determinando el procedimiento a seguir, optando por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y decidiendo el resultado del mismo, pero siempre en libre concurrencia con otras posibilidades como son la típicamente jurisdiccional o el arbitraje, a las que en ningún caso excluyen sino más bien complementan, como medio rápido, y no muy costoso económicamente, que preserva cierta flexibilidad y la autonomía privada de las partes.

En definitiva el Libro Verde comunitario de 2002 fue una muestra más de un nuevo umbral en la práctica ciudadana de la resolución de los conflictos como es el acceso a las convencionalmente denominadas ADR, ceñido únicamente, eso sí, al ámbito civil y mercantil.

Objetivamente el Libro Verde acogió como modalidades alternativas de solución de conflictos a aquellos procedimientos extrajudiciales en el ámbito del derecho civil y mercantil, el derecho laboral y los consumidores⁵⁰¹ aplicados por un tercero imparcial a los cuales de modo genérico agrupa como *Alternative Dispute Resolution*, y excluyendo en este sentido a otros medios, ya sea de forma expresa como el arbitraje, pues se parte de la hipótesis general de que el arbitraje guarda mayor relación con los procedimientos jurisdiccionales que con los alternativos en la medida en que el fallo arbitral pretende reemplazar la decisión de la justicia, por lo que la mediación constituye un procedimiento de mutuo acuerdo en que a través, de la conciliación o negociación de un tercero imparcial e independiente se trata de obtener el acuerdo de las partes y la solución del conflicto.

La ventaja que aportan las ADR como medio de solución de conflictos es su facilidad y agilidad, práctica y coyuntural, en dar respuesta al conflicto y con ello al, las más de las veces, penoso trance de acudir a los órganos jurisdiccionales.

Las ADR ofrecen un trámite sencillo, rápido y comprensible al ciudadano, además del menor coste económico que representan, que se caracterizan por su flexibilidad, esto es la libertad de que disponen las partes tanto en acudir a

⁵⁰¹ Dentro del documento Resolución del Parlamento Europeo sobre las perspectivas para la aproximación del Derecho procesal civil en la Unión Europea [COM(2002) 654 + COM(2002) 746-C5-0201/2003-2003/2087(INI), A5-0041/2004] propugnaba que en el proceso de escasa cuantía habría que aplicar métodos alternativos de resolución de litigios. Dicha petición no ha sido atendida, de momento, en la Propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía de marzo de 2005 [referencia COM(2005) 87 final]

ellas como en configurar su desarrollo una vez optan por las mismas, decidiendo la persona u organización que se encargará de resolver, la tramitación procedimental a seguir, la modalidad y trascendencia de la intervención de las propias partes en conflicto, así como incluso en determinados casos el resultado del mismo.

La flexibilidad del modelo, y su complementariedad respecto del procedimiento judicial, en determinados asuntos, constituye una opción que se adapta mejor a la solución del conflicto puesto que las partes pueden disponer de la posibilidad de tratar de solucionar el conflicto amistosamente, sin que con ello en modo alguno se pueda ver cercenado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que abarca en este sentido tanto la puesta a disposición del ciudadano de procedimientos judiciales a través de los cuales solucionar sus conflictos como la oferta de vías alternativas y simplificadas que restauren la paz social.

En materia de derecho del consumo, y como respuesta a la preocupación de la Comisión de ofrecer a los consumidores un nivel de protección uniforme, es donde se han producido la mayoría de las iniciativas comunitarias, tanto respecto a la solución de conflictos domésticos como transfronterizos e incluso los derivados del uso de las nuevas tecnologías. Destacan en primer término, y por su influencia directa las Recomendaciones de la Comisión de 30 de marzo de 1998 y de 4 de abril de 2001. La importancia de ambas recomendaciones estriba en los principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos que ambas establecen, y que se vieron además completadas con la publicación de un formulario europeo de reclamación para el consumidor.

En la primera de las Recomendaciones de la Comisión, de marzo de 1998, se regulan los procedimientos que conducen a solucionar un litigio mediante la intervención activa de un tercero que emite un dictamen formal y además enuncia los requisitos mínimos de creación y funcionamiento de las ADR.

En la segunda, de abril de 2001, se opta por el modelo de ADR que se limita a ofrecer a las partes un acercamiento pero sin aportar solución al conflicto, labor que se deja en manos de las partes, sin perjuicio de que el tercero pueda proponer, informalmente, una solución.

Completaba el panorama general de actividades de la Unión Europea respecto de soluciones alternativas a los conflictos en materia de consumo la Directiva de 8 de junio de 2000 (2000/31/CE, publicada en el *DOCE* de 17 de julio de 2000), en cuyo texto se incluían expresamente disposiciones (art. 17) para que los Estados miembros animasen a los órganos extrajudiciales a actuar en el marco de los conflictos relacionados con el consumo.

Simultáneamente el Consejo y la Comisión, con ocasión de la aprobación del Reglamento 44/2001, conocido también como «Bruselas I», y relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, reiteraron en una Declaración conjunta sobre los arts. 15 y 73 del Reglamento incluida en las actas de la sesión del Consejo de 22 de diciembre de 2000 en la que se adoptó formalmente el Reglamento

44/200, su apoyo a la continuación de los trabajos en los Estados miembros sobre las modalidades alternativas de resolución de litigios en materia civil y mercantil, destacando así el papel complementario de estos métodos alternativos con respecto a los órganos jurisdiccionales clásicos, en particular en materia de comercio electrónico.

Es destacable como el Parlamento Europeo en su dictamen sobre la propuesta del Reglamento 44/2001, propuso regular con mayor amplitud y dimensión la introducción de las ADR comunitarias, incluso mediante la inclusión de cláusulas vinculantes en los contratos en materia de consumo que remitieran directamente la solución de cualquier conflicto a un sistema extrajudicial previamente autorizado, y reforzando aún más la virtualidad de la solución proponía el carácter directamente ejecutivo de las soluciones alcanzadas a través de estos medios asentados sobre los principios de imparcialidad, equidad, responsabilidad del tercero, confidencialidad y ejecutividad de la solución aportada, lo que dio lugar a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, que insta a los Estados miembros a que instauren procedimientos alternativos de carácter extrajudicial en los ámbitos civil y mercantil.

Dentro de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos administrados por un tercero imparcial (exclusión hecha del arbitraje) se distingue fundamentalmente entre dos grandes sistemas de ADR, el primero serían las ADR en sede judicial: configurando las mismas aquellos casos bien en que el juez es quien interviene, no correspondiendo eso sí con sus funciones habituales, en la condición de mediador o conciliador que en nuestro proceso civil, en el acto de conciliación regulado en el art. 415 LEC., el segundo las ADR convencionales: son las que se pueden calificar como ADR en sentido estricto o puras, puesto que son las derivadas directamente de la única voluntad de las partes de dirimir su controversia extrajudicialmente.

En ellas cabe distinguir además entre aquellas en las que el tercero designado por las partes debe aportar una decisión vinculante, aquellas en que el tercero únicamente aporta una recomendación que éstas pueden decidir aplicar o no, y en último lugar, aquellas en las cuales su labor únicamente se limita a aproximar las posturas en conflicto para ayudar a las partes a encontrar un acuerdo.

Si es común a todas ellas el marco legal en que suelen desplegar su actividad, dentro siempre de las disposiciones generales de derecho contractual o las disposiciones específicas al efecto, y con respeto absoluto a los principios generales derivados del derecho contractual, del derecho procesal civil.

La extensión de las relaciones de carácter civil, mercantil, familiar, laboral, de consumo, de contratación electrónica entre los ciudadanos de la Unión Europea hacia terminantemente inaplazable el desarrollo de las políticas comunitarias en la materia, dada la complementariedad de las ADR respecto del sistema judicial tradicional como opción subsidiaria no vinculante, pudiendo incluso proponerse a ambas partes como una opción preliminar al acceso a los órganos jurisdiccionales, sin menoscabar el derecho de las partes a entablar acciones ante los tribunales en caso necesario, sin que en ningún caso las

cláusulas *inter partes* de acceso al ADR como medio de resolución de la disputa pueda cercenar, limitar, condicionar, diferir o prohibir el plantear el asunto ante los órganos jurisdiccionales.

En este sentido podría plantearse la problemática del alcance de estas cláusulas cuando exista un desequilibrio en la relación de fuerzas entre las partes del contrato, especialmente en materia de consumidores, cuestión resuelta por la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en la que se indica que: «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato», localizando además en la lista, no exhaustiva, de cláusulas que tienen la consideración de abusivas en el Anexo de la Directiva a aquellas que «tengan por objeto o por efecto [...] suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor».

Por ello las correspondientes cláusulas de mediación o conciliación únicamente generarán una obligación de resultado en cuanto al desarrollo material del procedimiento. La virtualidad de la cláusula obligará a las partes a intentar encontrar una solución negociada, y en caso de no cumplimiento devengarán la oportuna exigencia de responsabilidad contractual a la parte incumplidora y el riesgo de una eventual condena por daños y perjuicios.

Ahora bien, y por el contrario, una vez iniciado el procedimiento de ADR escogido o pactado contractualmente, las partes solamente tendrían la obligación de intentar alcanzar honestamente un acuerdo, ya que el término negociado del litigio no puede, en ningún caso, ser una obligación.

Siendo así las partes mantendrán la libertad de poner fin al procedimiento de negociación en cualquier momento del mismo y la exigencia de responsabilidad sólo podría derivarse de una actuación con mala fe, que en todo caso debería posteriormente probarse. Judicialmente hablando el particular efecto que se infiere que la existencia de dicha cláusula de solución litigiosa extrajudicial del conflicto podría solamente dar lugar a aceptar la no admisibilidad, temporal, del acceso jurisdiccional del conflicto en tanto en cuanto no se haya intentado y, en su caso, resuelto el procedimiento de ADR.

La Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, igualmente dirigida específicamente al ámbito de los procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, perfectamente exportable al terreno de las políticas comunitarias en materia de solución extrajudicial de conflictos civiles y mercantiles, presenta algunas diferencias en cuanto a los principios establecidos cuestión que se justifica en el hecho de que está orientada hacia aquellos métodos de resolución en que la intervención del tercero sea tendente a generar una aproximación entre las partes para convencerlas de que busquen una solución de mutuo acuerdo pero sin que dicho tercero ofrezca solución vinculante alguna.

Los principios establecidos los constituyen el de:

- a) Imparcialidad que igualmente que en lo regulado en la Recomendación de 1998 implica que el tercero no debe tener ningún conflicto de intereses con las partes y debería informarles sobre su imparcialidad y competencia antes incluso de que se inicie el proceso de ADR.
- b) Transparencia, con trascendencia muy similar a la expuesta también en el caso anterior, las partes deben acceder a la información necesaria en cada fase del proceso de ADR (modalidades generales como lengua, calendario, desarrollo, coste, valor del acuerdo si éste se produce), así como la información general de la actividad de cada órgano en cuanto a poner a disposición del público el número y naturaleza de las reclamaciones recibidas y su resultado, el tiempo de duración de los litigios, el cumplimiento de las soluciones acordadas.
- c) Eficacia, garantizada a través de la accesibilidad al procedimiento y un coste moderado y controlado por las partes; sin necesidad de utilizar representantes legales, con una tramitación sencilla y lo más expeditiva posible, al tiempo que adecuada, e incluso con posibles medidas de control, por parte del órgano encargado de la solución del litigio, del proceder de las partes para asegurarse que éstas tienden a respetar su compromiso de buscar una solución adecuada, justa y oportuna, y de no ser así sí procede recomendarles que valoren la procedencia de acudir a otras vías.
- d) Equidad, traducida en un tratamiento equitativo de cada parte por el tercero, en especial en lo relativo a la información sobre el desarrollo del procedimiento, el derecho a retirarse en todo momento para acceder al sistema judicial o a otras vías de recurso extrajudiciales, la garantía de la concesión de un plazo de intervención equilibrado entre las partes durante las entrevistas por separado con el tercero, la invitación a las partes a cooperar con el procedimiento aportando la información necesaria para encontrar una solución equitativa.

Además se propone permitir a las partes disfrutar de un período de tiempo para que decidan si aceptan la solución alcanzada, previa información a las mismas de las posibilidades de aceptarla o rechazarla, las ventajas e inconvenientes de la mismas, la posibilidad de realizar consultas externas sobre sus beneficios y el valor de la solución una vez fuese aceptada.

Sin haber sido recogido como principio específico, sí puede incluirse igualmente para ambos grupos, tanto en la Recomendación de 1998 como en la de 2001, la existencia de un principio implícito de confidencialidad impuesto tanto a las partes como al tercero que interviene en cuanto que los argumentos intercambiados en el proceso de ADR, así como cualquier otra información, deberían tener carácter reservado, excepto si se dispone, por las partes y expresamente, lo contrario, así como incluso la extensión de este principio de confidencialidad debería aplicarse a los resultados del proceso de ADR.

En este sentido el Libro Verde de 2002 reguló ampliamente la trascendencia de esta obligación de confidencialidad en sus apartados números 79 a 82, dirigida hacia las partes, salvo excepción por ejemplo en caso de que estas acuerden que alguna parte del procedimiento no tenga el carácter de confidencial, de que la información intercambiada entre las partes durante el procedimiento se pueda admitir como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior; y de forma más rigurosa respecto del tercero que interviene solucionando el conflicto, quien no deberá revelar informaciones a la parte adversa y mantener en todo caso una posición neutral y equitativa, es más, el Libro Verde recomendaba que cuando la ADR no sea fructífera el tercero no debería ser citado como testigo ni intervenir posteriormente -por ejemplo como árbitro- en el mismo litigio, salvo que las partes expresamente, en aplicación una vez más de su libertad de consenso y autonomía de la voluntad, permitan que éste revele informaciones protegidas o intervenga como testigo en un proceso civil sobre la materia objeto del litigio.

El auténtico protagonista de las ADR es el tercero imparcial que asume la responsabilidad de desarrollar las actuaciones conducentes a la solución del conflicto, y al que las partes, por unas u otras circunstancias han acudido. De ahí que el prestigio, la calidad y el arraigo de las ADR entre los ciudadanos dependa en gran medida de la competencia de los terceros que las desempeñen y cómo administren el principio de equidad que les obliga a garantizar el mantenimiento del equilibrio entre las partes a lo largo de todo el proceso de solución del conflicto. Se erigen vitales con ello las cualificaciones y competencias de negociación de los terceros así como la acreditación de una formación adecuada que sea suficientemente completa y les permita ejercer de manera útil y eficaz su función.

La propia Unión Europea se aprestó a regular algunos de los aspectos básicos del estatuto de las personas o entidades que asuman la función de administración y solución del conflicto en las ADR, en cuestiones como:

- 1) La regulación de los requisitos de acreditación y cualificación mínima para poder desempeñar esta función, ya sea a título individual o como agrupación, ya sea de carácter particular como si se trata de organismos públicos.
- 2) El establecimiento de un código europeo de deontología para guiar su misión, el mismo, fue promovido por la Comisión de la Unión Europea en una conferencia organizada en Bruselas en 2004 con motivo de su puesta a disposición a las organizaciones y profesionales que se dedican a la mediación.
- 3) Instaurar un régimen comunitario de responsabilidad derivada de su intervención, evitando la posible disfunción que se genera si se aplican las distintas normas de responsabilidad civil de cada Estado miembro en caso de disponer de ellas respecto de la actuación de mediadores, conciliadores o negociadores.

3. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008

La Directiva ofrece una definición de mediación a estos efectos, como todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro.

No incluirá los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio⁵⁰².

Sitúa de este modo la labor del mediador como la de asistencia a las partes en conflicto en cuanto éste busca la aproximación entre las partes en conflicto aportando su colaboración, y preparación, en la formalización de una solución satisfactoria y asumible por las partes por convencimiento de éstas, a diferencia del juez, y de la solución judicial del conflicto, en que la participación del juez es más distante de las partes y su solución totalmente aislada de cualquier aproximación a las partes, y de alguna manera impuesta⁵⁰³.

El interés de la Unión Europea en el desarrollo y aplicación de la mediación se puso de manifiesto inicial con el denominado *Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*⁵⁰⁴. En concreto, el apartado h) indicaba la necesidad de adoptar una Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles para 2006, tarea que se desarrolló más tarde.

No obstante, antes de la Directiva, son reseñables dos grupos de textos que trataron de impulsar la mediación en el ámbito europeo:

De un lado, las Recomendaciones (86) 12 del Consejo de Ministros de los Estados miembros sobre las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los tribunales y (98) 1, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, del Consejo de Europa.

Esta última ha servido de base referencial a los Estados miembros, por tanto, de los textos legislativos nacionales, al ser muy útil en la definición de unos principios que guían la mediación y la labor del mediador, tales como la libertad

⁵⁰² ORTUÑO MUÑOZ, P., «El proyecto de directiva europea sobre mediación», en *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, núm. V, Madrid, 2005, págs. 249-272, y ÁLVAREZ MORENO, M. T., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas cuestiones suscitadas la hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, 2005, págs. 243-304.

⁵⁰³ MARTIN DIZ, F. «Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias», *La Ley* 2006.

⁵⁰⁴ Diario Oficial de la Unión Europea C 198/1, 12.8.2005.

de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procesos de mediación, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, igualdad, respeto al principio de legalidad, deber de no imposición, confidencialidad –indicando incluso que ningún medio probatorio, principalmente la declaración de parte, el testimonio o la pericial del mediador, que termine en el proceso puede servir de instrumento para desvelar las informaciones y datos que la labor mediadora haya provocado, salvo expresa voluntad conjunta o autorización expresa del ordenamiento jurídico de cada Estado-, protección del bienestar e interés superior del menor y personas con discapacidad, competencia y ética del mediador, buena fe de la partes en conflicto y del mediador, y, en fin, sencillez y rapidez del procedimiento.

Curiosamente, la voluntariedad sólo se contempla como un principio deseable, aunque no prohíbe definitivamente las mediaciones forzosas. No obstante, es muy reseñable que se inste a promover la mediación a través de la facultad judicial –pues, no se olvide, que la mediación se contempla en este instrumento normativo como complementaria de la vía judicial- de compeler a las partes para asistir a una primera entrevista con el mediador para valorar definitivamente si deben someterse a la mediación.

4. El concepto de mediador

Muchas son las definiciones que pueden darse a la figura del mediador⁵⁰⁵. Quizá sea más útil ofrecer su concepto por contraposición con otras figuras afines, lo que se tratará de formular en el apartado siguiente.

Sirva por ahora la fórmula que para definir la figura del mediador ha utilizado SÁEZ RODRIGUEZ⁵⁰⁶.

Tras estudiar diferentes denominaciones -y consciente de la dificultad de abarcar todos sus matices- extrae la idea conjunta de que el mediador es la tercera persona dotada de una preparación técnica específica que, desde una posición de neutralidad, sin tener ninguna capacidad decisoria, interviene en el conflicto que enfrenta a dos partes con la finalidad de que racionalicen con su ayuda una salida negociada que le ponga fin.

No puede olvidar, ya en el plano positivo, la definición que del mediador hace la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en su art. 3.b indica que se entenderá por mediador a «*todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y*

⁵⁰⁵ ARSUAGA CORTAZAR, J. «*El mediador civil y mercantil: Régimen Jurídico*», Editorial Jurídica Sepín S.L. Madrid 2013.

⁵⁰⁶ *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica.* 1ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Editorial Aranzadi, S.A., 2009, p. 36.

competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación».

La definición tiene que ser necesariamente integrada con la que ofrece el apartado a) del mismo precepto de la mediación como *«un procedimiento estructurado sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro».*

No ha de olvidarse, en todo caso, que la mediación no es propiamente una negociación. La negociación es un medio de resolución de conflictos todavía más informal que la mediación, en cuanto que ni siquiera interviene un tercero. Constituye, por tanto, una fase previa de la gestión de la controversia que precede tanto a la mediación, como al arbitraje o a la solución jurisdiccional.

Por ello, cuando de forma común se habla de negociador debe entenderse que en la mayor parte de los casos se trata de mencionar al mediador, pues latente el conflicto se acude al auxilio de un tercero que, con su actividad, tratará de acercar a las partes para que encuentren una solución.

1. Mediador y Corredor. Siguiendo a BLANCO CARRASCO⁵⁰⁷ debe distinguirse la labor propia del mediador con la que desempeñan, bien como actividad pacificadora, bien de otra naturaleza, otros terceros a las partes afectadas o interesadas.

Con la denominación de corretaje o mediación se conoce aquella figura contractual, integrada en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, a la obtención del resultado consistente en la puesta en contacto o en relación de personas interesadas en celebrar entre ellas un contrato.

El corretaje se perfila como un contrato principal y autónomo, con sustantividad propia, cuya perfección no queda subordinada al nacimiento del contrato pretendido, sino que surge en el mismo instante en que el corredor y el mediado se muestran conformes en la actividad mediadora comprometida por aquél, tendente a la conclusión del contrato pretendido entre el mediado y un tercero, así como en la retribución, beneficio o corretaje, a satisfacer cuando, salvo estipulación expresa en otro sentido, el contrato pretendido llegue a perfeccionarse en razón de la actividad mediadora, momento en el que ésta queda del todo agotada, o cuando la actividad mediadora es aprovechada por el

⁵⁰⁷ *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica.* 1ª Edición. Madrid: Editorial Reus, 2009, p. 251 a 275.

mediador para ultimar la operación con un tercero⁵⁰⁸.

La doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en la determinación de las fuentes de regulación del contrato de corretaje y el grado de las mismas.

En primer lugar habrá de atenderse a la voluntad de las partes (art. 1.255 CC), siempre y cuando no se vulneren los límites de la autonomía privada (ley, moral y orden público); en segundo lugar, a las normas generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos comprendidas en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil; en tercer lugar, y conforme establece el art. 1.258 CC, a los usos y costumbres de la clase de mediación de que se trate; en cuarto lugar, a las normas de otros contratos típicos con los que guarda afinidad, relación o semejanza (mandato, comisión, arrendamiento de obras y servicios) y cuya ratio iuris no resulte incompatible con la mediación; y, en último lugar, a la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo sobre esta figura.

Las similitudes entre las figuras del contrato de mediación o corretaje y la mediación como mecanismo de ADR provienen, en buena lógica, de la labor de aproximación de las posiciones de las partes que se encomienda al profesional. Si el mediador busca poner en contacto a dos sujetos que desean poner fin a un conflicto entre ellos, el corredor busca el mismo contacto con una finalidad distinta, la conclusión de un contrato.

Sin embargo, dado que el propósito de este apartado es la distinción entre sus funciones, conviene precisarlas:

En el corretaje, la contraprestación o remuneración del corredor sólo se obtendrá si se obtiene el resultado pretendido, es decir, dado que los supuestos más frecuentes son los de la intermediación inmobiliaria, si se perfecciona el contrato por el consenso entre las partes sobre la cosa y el precio –no, por tanto, por su consumación, salvo pacto expreso en contrario-.

En consecuencia, se trata de un contrato que incorpora una obligación de resultado. La mediación, por el contrario, sólo integra una obligación de medios: la retribución del mediador nace desde que presta sus servicios, sin contemplación a un resultado.

En el contrato de corretaje la vinculación del corredor es con una sola de las partes, esto es, la que le ha contratado u oferente que pretende de su gestión; en la mediación, las dos partes deben aceptar la gestión del mediador, sus servicios, de forma que resulta obligado de igual modo con ambos.

⁵⁰⁸ ESPINET ASENSIO, JOSEP M., *La intermediación inmobiliaria. La mediación: su autonomía*. Cuadernos de Derecho Judicial. 1ª Edición. Madrid: CGPJ, 2007, p. 207-233.

En el corretaje la pretensión objetiva es la conclusión de un contrato como motor económico que guía a la partes; en la mediación, el objeto del pacto es la solución del conflicto latente.

En la labor del mediador la imparcialidad e independencia se presumen como presupuesto necesario de su actuación que inspire la necesaria confianza de las partes en conflicto; el corredor, al contrario, puede no ser imparcial o neutral, pues en ocasiones estará vinculado por las condiciones mínimas que le indique su comitente al contratar.

2. Mediador y Árbitro.

El arbitraje puede ser definido como una institución que permite a las personas, sean naturales o jurídicas, y mediante una expresión libre de voluntad, someter las cuestiones litigiosas actuales o futuras de las que tengan libre disposición conforme a derecho a la decisión vinculante de uno o más árbitros.

En definitiva, y con la vista puesta en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje⁵⁰⁹, la solución del árbitro es alternativa a la del juez en cuanto las partes, en materias sobre las que existe libre disposición, apuestan por desjudicializar la resolución de su contienda. El árbitro dictará un laudo⁵¹⁰, que surge de la previa declaración de voluntad de las partes de someterse a arbitraje contenida en el convenio arbitral.

De estos precedentes pueden deducirse las diferencias:

El arbitraje supone la sustracción del conocimiento del litigio por los jueces y tribunales. Es más, de su existencia y realidad surge la oportunidad de formular declinatoria de falta de jurisdicción por corresponder su conocimiento a árbitros, como indica con claridad el art. 63.1 LEC, que se complementa con el art. 65.2 en cuanto que define su decisión determinando la abstención de conocimiento y el sobreseimiento del proceso.

En igual sentido se expresa el art. 11 de la Ley de Arbitraje, condicionando su apreciación a la presentación de declinatoria y sin perjuicio de la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción (art. 722 LEC).

La mediación, al contrario, permite el conocimiento judicial complementario. No se limita el conocimiento jurisdiccional y no constituye, por tanto, salvo que una norma procesal lo contemple como efecto de la inclusión en un contrato –caso de la denominada mediación contractual-, una excepción procesal.

⁵⁰⁹ BOE 26 de diciembre de 2003.

⁵¹⁰ El art. 37 Ley 60/2003, de Arbitraje, indica el régimen del plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

En el arbitraje el árbitro resuelve, como lo hace un juez, pero con un alcance más limitado; en todo caso, resuelve sobre el fondo del conflicto a través del laudo vinculante, aunque para su ejecución sea necesario acudir a la tutela judicial.

El mediador no tiene la capacidad de resolver de forma vinculante el conflicto; de hecho, no lo resuelve, sino que, incluso cuando se le dota de la posibilidad de emitir una propuesta de solución –en la mediación de consumo o laboral-, son exclusivamente las partes las que deciden asumirlo o rechazarlo. El acuerdo es el fin del proceso mediador.

El arbitraje es un sistema de resolución de conflictos de naturaleza heterocompositiva. GIMENO SENDRA lo ha definido en este sentido por contraposición a la mediación o a la conciliación, que tienen carácter autocompositivo, en cuanto que la labor del tercero se limita, de una manera espontánea o provocada, a aproximar a las partes para que encuentren una solución⁵¹¹.

3. Mediador y amigable componedor.

El amigable componedor es una figura en el que las partes confían la solución de la controversia a través de una solución sin exigencias jurídicas o procesales, esto es, a través de su leal saber y entender, pero en todo caso de carácter vinculante. En EEUU se conoce también la figura de la evaluación neutral, si bien la opinión técnica vinculante es de carácter jurídico. En Hispanoamérica se asimila esta figura a la del arbitraje en equidad⁵¹².

No obstante, la figura del árbitro en equidad se distingue del amigable componedor en la antiformalidad de los segundos frente a la formalidad de los primeros, pues los árbitros, aunque lo sean en equidad, están sujetos a formas legales en su proceder y toma de decisión.

En tal sentido, asimilando la figura del amigable componedor al árbitro en equidad -aun admitiendo la distinción indicada-, las diferencias con el mediador siguen siendo las arriba indicadas: el amigable componedor

⁵¹¹ *Derecho Procesal Civil, Parte Especial*. 2ª Edición, Editorial Colex, 2000, p. 443.

⁵¹² BLANCO CARRASCO M, ob.cit., págs. 268 a 274, en Colombia se define la figura del amigable componedor en el art. 130 de la Ley 446 *Descongestión, Acceso y Eficiencia en la Justicia de julio de 1998*, con el siguiente tenor literal: «La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular». En Argentina, Guatemala y Paraguay el amigable componedor es un árbitro que decide en equidad o en conciencia. En Chile se confunde la figura del amigable componedor con el de conciliador –pues la ley nº 1552 del Código del Procedimiento Civil incorpora al juez, incluso, como amigable componedor, cuando se le legitima para obtener un avenimiento total o parcial en el litigio, indicando que las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa-. En El Salvador, el arbitraje se clasifica en árbitro arbitrador, cuando su solución no está sometida a un trámite formal, y árbitro de Derecho, cuando se sujeta a un trámite formal.

decide, aunque no sujeto al derecho; el mediador, por lo dicho, sólo persigue que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin a su controversia.

4. Mediador y arbitrador.

El arbitrador es la persona a la acuden las partes de una relación jurídica con el fin de que fije, complete o perfeccione ciertos elementos de la misma que han quedado indeterminados. Aquí, por tanto, el arbitrador completa la declaración de voluntad omitida conscientemente por las partes al remitirse a su decisión.

DIEZ PICAZO⁵¹³ define al arbitrio del tercero como «*la realización de una actividad negocial mediante la remisión a la decisión de un tercero*». E indica que su labor cabe en las etapas sucesivas del negocio – formación, desarrollo y ejecución-, si bien su intervención requiere la previa existencia de un contrato ya formado, pues el acuerdo de voluntades debe ser previo a la entrada en juego de su actividad. En la fase de perfección, la función del arbitrador sería la de determinar alguno de los elementos del negocio jurídico (v. gr., art. 1.447 CC, que permite fijar el precio del contrato de compraventa por remisión al arbitrio de una tercera persona; también en los arts. 670, 671 y 1.690 CC); más en concreto, sus elementos accidentales o accesorios.

En la fase de ejecución, su función estribaría en determinar los elementos del negocio que pueden permitir el cumplimiento de su contenido y permita el ejercicio de los derechos que en él se conceden a la partes (v. gr., art. 1.598 CC, «*Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente*»). En todo caso, el arbitrador decidirá con carecer vinculante, tenga o no conocimientos técnicos –sea o no perito, con título oficial o no- sobre una determinada materia, pues para ello las partes han fijado someterse a su criterio.

Sus diferencias con el mediador parecen plausibles. El arbitrador decide dentro del ámbito de la delegación que la norma o el contrato ha querido; el mediador, como siempre se afirma, no decide, sino que acerca a las partes para que encuentren una solución.

Por lo demás, el arbitrador interviene en una relación jurídica cuya determinación definitiva depende de su actuación; el mediador, por el contrario, interviene en relaciones jurídicas determinadas y completas, pero su intervención deviene de la existencia de un conflicto que requiere de solución.

⁵¹³ *El arbitrio de un tercero en los negocios*. Barcelona: Editorial Bosch, 1957, p. 56 y 57.

5. Mediador y Juez.

Los jueces tiene la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como indica el artículo 117.3 CE, en el ejercicio de la función constitucional que les corresponde, que se encauza a través de las normas de competencia y procedimientos que las leyes establezcan.

La expresión formal de la potestad jurisdiccional se formula a través de las resoluciones que deben dictarse (art. 245 LOPJ).

Precisado lo anterior, las diferencias entre una –juez- y otra –mediador- figura son evidentes:

El mediador no ostenta facultades o potestades decisorias; el juez, al contrario, tiene como fin primordial resolver el conflicto que se le plantea, es decir, juzgar el supuesto de hecho objeto de controversia o conflicto.

El resultado del proceso judicial es el dictado de una sentencia firme o resolución equivalente que le ponga fin con el efecto de provocar la cosa juzgada; el objetivo de la mediación es lograr un acuerdo entre las partes en conflicto para evitar que se mantenga la controversia. En consecuencia, el acuerdo en sí carecerá de los efectos de la cosa juzgada, aunque puede lograrlos si se valida como una transacción (art. 1.809 CC y 19 LEC) intrajudicial.

BLANCO CARRASCO⁵¹⁴ indica que el mediador no podrá en ningún caso actuar como juez. Sin embargo, la duda ha surgido en sentido contrario; en concreto, si un juez puede actuar en algún momento como un mediador. En los foros iniciales de mediación familiar y en una época en que el perfil de la figura del mediador o de la mediación como categoría no estaban adecuadamente definidos se defendió la posibilidad de conceder al juez la práctica de la mediación cuanto tuviera indicios de un posible acuerdo entre las partes.

Sin embargo, progresivamente se ha ido desterrando esta idea inicial. Se admite que el juez pueda conciliar –no en vano hasta la reforma procesal introducida por la ley 13/2009, de 23 de noviembre, correspondía al juez presidir los actos de conciliación, ex artículo 471 LEC 1881- y proponer la avenencia o el acuerdo entre las partes, pues en tal sentido debe entenderse, a título de ejemplo, las reiteradas invocaciones al acuerdo, conciliación o transacción que en el seno de la audiencia previa del juicio ordinario civil se han señalado tradicionalmente (artículos 414.2, 415, 416, 428.3 y 429.1 LEC 1/2000). Pero cualquier otra actividad añadida conlleva el riesgo serio de comprometer la imparcialidad judicial y ser, por ello, objeto de recusación. La práctica enseña, ciertamente, que la insistencia en la

⁵¹⁴ Ob.cit, págs. 261 a 264.

búsqueda de un acuerdo a través de la figura del juez del asunto o de la causa tiene el riesgo serio de perder, si el acuerdo no se consigue, la libertad para juzgar.

Y ello explica la reticencia de las partes para exponer con claridad y suficiente profundidad los problemas imbricados en el litigio al juez que, casi de forma consecutiva, si no se alcanza un acuerdo, va a tener que resolver con arreglo a las normas procesales de rito.

Por ello, parece más razonable que el juez proponga la mediación a las partes como medida de aceptación voluntaria –sin despreñar, en todo caso, la facultad de derivación judicial a la primera sesión informativa- provocando la suspensión del curso del procedimiento judicial si se acepta la proposición.

En definitiva, ello es lo que se indica en el artículo 5 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles -que curiosamente no prohíbe la facultad de actuación del juez como mediador- al expresar que *«El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles»*.

Ello es precisamente lo que se trató de asegurar a través de la reforma del art. 770.7 LEC por la disposición adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, al indicar ahora que *«Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a la mediación»*, lo que se conoce, por provenir de una decisión judicial o por ser aceptada por el juez en el seno de un proceso contencioso por crisis matrimonial ya nacido, como mediación intrajudicial. Ni qué decir tiene que si se alcanza el objetivo propuesto, esto es, el acuerdo aceptado o promovido por el juez y desarrollado por un mediador ajeno, el juez podrá homologar el acuerdo conseguido, al que se dota de todos los efectos propios de una resolución judicial firme (art. 19.2 LEC).

No obstante, para terminar, no es ocioso indicar que tampoco es lo mismo la mediación que la transacción. La transacción se conceptúa como un contrato en el Código Civil (arts. 1.809 a 1.819), pero no constituye un procedimiento, sino el resultado final y feliz de una negociación o comunicación previa entre las partes.

Además, en la transacción se prescinde, se obvia, la figura del mediador, pues busca el efecto y no el medio o el procedimiento. La mediación, en suma, tiene un ámbito de actuación más amplio, pues ni es el único punto de llegada de aquélla ni el acuerdo mediado tiene que adoptar siempre la forma jurídica de un contrato transaccional.

5. El mediador en Derecho Comparado

1. Europa:

En Francia se distingue entre una mediación extrajudicial e intrajudicial.

La extrajudicial no tiene un marco normativo conjunto de regulación, sin perjuicio de lo cual existen diversas estructuras sectoriales que animan la labor del mediador. Así, en las controversias de consumo, en los conflictos de seguros –las aseguradoras han incorporado protocolos de mediación en los que un mediador independiente da su opinión sobre un conflicto entre asegurado y asegurador- y en materia bancaria –con la figura del mediador bancario, cuya intervención gratuita y de duración máxima de dos meses permite suspender los plazos de la prescripción-.

La mediación intrajudicial recibe tratamiento en los artículos 131.1 y siguientes del Nouveau Code de Procédure Civil. Su propia naturaleza implica que esté sujeta al control judicial. Es el juez quien designa al mediador si lo estima oportuno ante la existencia de un litigio y con el acuerdo de las partes. No es, propiamente, una alternativa a la resolución de conflictos.

Es una medida judicial. Puede ser conferida a una persona física o a una asociación, si bien en éste último caso deberá el juez aceptar a la persona física que desarrollará la actividad. Por no realizar el juez la mediación por sí, el mediador deberá ser un tercero cualificado, imparcial e independiente, que debe guardar la necesaria confidencialidad y que recibirá la remuneración por sus servicios que determine el juez.

El pago corresponde a las partes, que a tal fin deberán proveer de fondos al inicio del procedimiento, salvo que por su condición o circunstancias económicas se beneficien de una ayuda del Estado.

En Alemania no obstante existir un elenco importante de órganos de mediación en el ámbito esencial de las organizaciones profesionales (*Schiedstellen*), que han contribuido a crear unos criterios normativos que garantizan la formación profesional, por ejemplo, de los mediadores familiares⁵¹⁵, no existe tampoco un procedimiento de mediación definido o regulado con carácter general. Sin embargo, la norma impone al juez esfuerzo, durante el desarrollo del proceso judicial, para obtener un acuerdo amigable.

En concreto, el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO) define una singular forma de mediación intrajudicial, pues después de indicar que los jueces deben procurar, en cualquier instancia o fase procesal, la solución del conflicto por vía del mutuo acuerdo, puntualiza que su actuación sólo puede ser considerada la de un mediador en la medida en que por su neutralidad no imponen la solución, sino que ayudan a favorecer la comunicación para que las propias partes logren de común solucionar sus conflictos. La materia más avanzada es la familiar.

⁵¹⁵ En concreto, los criterios del organismo federal en materia de mediación familiar (Bundesarbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation)

En 1992 se fundó la asociación nacional BAFM, con el objetivo de crear y mantener estándares sobre la práctica de la mediación familiar y la formación de mediadores en dicho ámbito.

En Austria la ley sobre mediación en materia civil (Zivilrechts-Mediations-Gesetz), publicada en el Boletín Oficial de Austria el 6 de junio de 2003, probablemente constituye la referencia más próxima del intento prelegislativo español representado en el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2010, pues su contenido es paralelo en aspectos tan relevantes como la inscripción registral de los mediadores –que actuarán con arreglo a un método reglado-, sus derechos y deberes o la suspensión de los plazos de prescripción de las acciones judiciales durante el procedimiento de mediación.

Inglaterra, Gales y Escocia se caracterizan, en este punto, por su tradicional apuesta por los mecanismos alternativos al judicial para la solución de conflictos.

En tal sentido, como en los EEUU, la mediación es un verdadero proceso, no tutelado por el juez, de resolución de conflictos. En materia de mediación sobresale, por su importancia, la familiar en Inglaterra y Gales auspiciada por la Family Law Act (Ley de Derecho de Familia) de 1996, orientada a procurar una solución a la crisis matrimonial sin elevados costes y con continuación de las relaciones para el menor sufrimiento de los padres y los hijos. Los mediadores familiares son profesionales independientes que pertenecen a organizaciones voluntarias.

En su regulación coexisten dos modelos: la del sector público, que ayuda a los tribunales, y la del sector privado.

La intervención de mediadores de familia independientes requiere del pago de una tasa; como excepción, las partes que reciben ayuda económica pública para la mediación familiar deben acudir necesariamente a mediadores cualificados que reúnan los requisitos establecidos por la Legal Services Comisión y dentro del marco de la Ley sobre el Acceso a la Justicia de 1999. En todo caso, los acuerdos alcanzados a través de la mediación familiar pueden ser homologados por el tribunal y obtener así la naturaleza de título ejecutivo.

En Escocia, sin perjuicio de que las redes de servicios de mediación locales ofrecen la labor de un mediador para la solución de un amplio abanico de cuestiones, la familiar viene coordinada, con carácter gratuito para los conflictos que afecten a los hijos de padres en situación de crisis matrimonial, por el Servicio de Mediación Familiar (Family Mediation Scotland FMS).

En Portugal la mediación se ha reconocido en dos ámbitos: de un lado, la extrajudicial en los conflictos de consumo, con la creación en el ámbito universitario de la Unidad de Mediación y Acompañamiento de los conflictos de consumo, formada por un profesor universitario, auxiliado por un licenciado en derecho, y por mediadores –que pueden ser licenciados o estudiantes del curso de licenciatura-; del otro, la intrajudicial en materia familiar, al preverse la

solución del conflicto por remisión del juez a un Gabinete de Mediación Familiar⁵¹⁶.

2. EEUU:

Como indica THELMA BUTTS GRIGGS⁵¹⁷, la mediación se empezó a practicar en los EEUU a principios del siglo XX en el área de las relaciones laborales.

Con el fin de mantener la estabilidad de los servicios públicos y apaciguar el conflicto laboral se creó el *Federal Mediation & Conciliation Service* en 1947, con vigencia actual.

En los años 60 del siglo pasado se empieza a practicar en el ámbito de la mediación familiar. La característica más relevante es que es una medida obligatoria ordenada por el juez y realmente alternativa a la vía judicial. Comenzó como labor mediadora a desempeñar por los trabajadores sociales del gobierno (servicios del tribunal).

Su objeto, entonces, se limitaba a los asuntos relativos al régimen de guarda y custodia con la determinación de régimen de comunicación y visitas de los menores. La actividad, en su inicio, así descrita, se hacía sin la intervención de abogados.

Sin embargo, en el instante en que su uso se extiende a cualquier extremo de la contienda por crisis matrimonial o familiar se considera que el mediador debe ser un abogado⁵¹⁸. Su importancia fue tal que al final de los años 80 ya era un

⁵¹⁶ La existencia de un tratamiento legal de la mediación, en cuyo seno trata de configurarse un estatuto del mediador, ha calado en otros países como HUNGRÍA, con su Ley de Mediación de 2002 para conflictos relacionados con derechos personales y económicos; BULGARIA, con la Ley de Mediación (publicada en el Gaceta Oficial del Estado nº 110/17.12.2004), que determina que el mediador debe ser una persona física y nunca un funcionario de la administración de justicia; BÉLGICA, con la Ley de 19 de febrero de 2001, relativa a la mediación en materia familiar en el marco del procedimiento judicial, así como la Ley de 21 de febrero de 2005, modificadora del Código Judicial en los ámbitos de la mediación; ESLOVAQUIA, con la Ley de Mediación nº 420/2004, que la incorpora como medio alternativo de solución de conflictos, en materia del Derecho de Familia, Derecho Mercantil, Responsabilidad Civil y Derecho del Trabajo; ITALIA, con la introducción en la nueva Ley 8.2.2006, nº 54, sobre custodia compartida, de la institución de la mediación en el proceso de separación y de divorcio a través de una norma que, la verdad, poco o nada dice, pues se limita a señalar que los jueces podrán demorar la adopción de las medidas del art. 155 CC relativas a la custodia de los hijos y a su mantenimiento, para dar tiempo a los cónyuges a intentar alcanzar un acuerdo con la ayuda de expertos. Por último, en los países nórdicos, tanto en Noruega, como en Suecia, Finlandia o Dinamarca, se ha avanzado mucho en los últimos veinte años en el desarrollo de experiencias e iniciativas públicas y privadas sobre mediación familiar.

⁵¹⁷ *La mediación en Norteamérica*, en «*Mediación y solución de conflictos*», HELENA SOLETO MUÑOZ y MILAGROS OTERO PARGA (Coordinadoras). 1ª Edición. Madrid: CGPJ, 2007, p. 204-211.

⁵¹⁸ La primera experiencia práctica surge con la creación del departamento de conciliación del tribunal de familia de Milwaukee (Wisconsin). Éste primer centro tendrá después replicar en otros territorios, como en los centros de solución de disputas del Estado de Florida.

recurso obligatorio en la mediación de disputas sobre custodia y comunicación en las jurisdicciones de más de 33 Estados.

Un tiempo después se conciben los servicios de mediación comunitaria (*Neighborhood Justice Centres*) con los centros de justicia de barrio, con un objetivo claro: desahogar los tribunales de casos sencillos que podían resolverse de forma extrajudicial.

La mediación en este ámbito es voluntaria. Los centros vecinales de justicia son instituciones locales no gubernamentales en los que un grupo de residentes en la comunidad sirven de mediadores sobre pequeñas disputas. Su acceso se logra a través de los propios implicados, por la policía o los propios tribunales.

En los últimos años la mediación ha florecido en muchos ámbitos de actividad: comercial, escolar, familiar, laboral, empresarial, en derechos civiles (en supuestos de discriminación), penal, seguros, sanidad, empleo, medio ambiente, etc. Sin embargo, se observa una cierta falta de sintonía a la hora de ser ofertada con carácter general.

Depende de la oferta que cada ciudadano tenga en su comunidad y de la clase o naturaleza del objeto de la mediación. Téngase en cuenta que la legislación es muy variada, pues no hay una ley federal o estatal que incorporen todos los campos de la mediación.

La expansión de la mediación ha permitido que los tribunales federales tengan su propio programa⁵¹⁹. Se permite al juez compeler a la partes para que acudan a la mediación con amplitud en casos civiles –nunca en casos de incapacidad, ni en supuestos de violencia de género- a través de la labor que debe desempeñar un abogado con cinco años de experiencia, título de mediador y formación profesional acreditada. Si el juez remite un caso a mediación, el procedimiento se suspende por sesenta días. Si se llega a un acuerdo, se formaliza ante el tribunal por escrito. Si no, el asunto retorna al órgano judicial, que continuará su tramitación ordinaria.

No obstante, también ha sido amplia la utilización de la mediación en los tribunales estatales, con regulación de su ejercicio en cada ámbito territorial. La *American Arbitration Association* (AAA) ha creado centros de mediación (*Dispute Resolution Centre*) en todos los Estados, siendo una de las instituciones privadas con mayor proyección en el ejercicio de ADR en los EEUU.

Asimismo, la poderosa *American Bar Association* (ABA) –con funciones similares a nuestros colegios profesionales de abogados-, cuentan también con un comité de resolución de disputas. Singularmente, esta institución ha tratado de unificar y homogeneizar los distintos principios, procedimientos y exigencias

⁵¹⁹ En 1990 la ley de reforma de la justicia civil autorizó a los jueces federales a incluir programas piloto de ADR anejos a los tribunales. La ley ADR Act (Pub. L. nº 105-315,112, Stat. 2993) de 1998, que ordena a todo tribunal de Distrito Federal que incorpore un programa de ADR.

de cualificación de los mediadores que se producen en los distintos Estados, para lo cual ha aprobado la *Uniform Mediation Act* (UMA) en Pensilvania el 4 de febrero de 2002. Las normas así consensuadas han sido ya incorporadas a la legislación estatal de varios Estados, como Nebraska, New Jersey, Illinois y Ohio.

3. Sudamérica:

Expresa BLANCO CARRASCO⁵²⁰ que al contrario de lo que ocurre en la Unión Europea, la mediación ha sido acogida normativamente en muchos ordenamientos de Latinoamérica, ya sea al tratar conjuntamente los ADR, ya sea como regulación exclusiva.

En el tratamiento conjunto de los sistemas alternativos de resolución de conflictos destaca la importancia que a la mediación se da en el artículo 94 de la Ley de Arbitraje y Conciliación n° 1770 de BOLIVIA, aunque con perfiles poco claros en su distinción con la conciliación.

En Chile la mediación se desarrolla en tres ámbitos: en la familia, con la Ley n° 19.968 que crea los tribunales de familia; en el de la salud, con la Ley n° 19.966, porque él se establece un régimen general de garantías en la salud, que se desarrolla en el Reglamento 23/06/2005 Decreto 47/2005; y en el del consumo, a través de la Ley n° 19.496 de 7 de febrero de 2007 sobre los Derechos del Consumidor.

Quizá sea en Argentina donde se ha desarrollado más la regulación expresa e individual de la mediación y más en práctica se ha puesto el sistema. El inicio lo marcó el Decreto n° 1480/92 de 19 de agosto de 1992, por el que se declaraba de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la mediación como método alternativo para la solución de las controversias, al que acompañó la Resolución de 8 de septiembre de 1992 del Ministerio de Justicia que creó el Cuerpo de Mediadores integrado en el sistema judicial. La apuesta final por la mediación llegó de la mano de la Ley 24.573 de Mediación y Conciliación, de 25 de octubre de 1995, desde el instante en que la preceptúa como obligatoria y previa a toda clase de juicio. Singularmente se detiene con precisión en la figura del mediador: su imperativa cualificación jurídica, en cuanto que sólo puede ejercer como tal una persona formada en leyes, relegando a los psicólogos y trabajadores sociales a la mediación familiar; el registro de mediadores; la causas de abstención y recusación; la comisión de selección; su retribución, etc.

En Ecuador la mediación ha sido recibida en la Ley de Arbitraje y Mediación de 4 de septiembre de 1997. Asimila la mediación a la conciliación extrajudicial (art. 55).

La mediación puede producirse como una actuación más del proceso arbitral – sujeta al señalamiento de una audiencia de mediación, una vez contestada la demanda o reconvención, que efectuará el árbitro correspondiente, y en el que

⁵²⁰ Ob.cit. págs 63 a 71.

intervendrá un mediador designado por el centro de arbitraje o el tribunal independiente- o cuando, en cualquier otro supuesto, exista un convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a la mediación, por simple solicitud de las partes o de una de ellas, y cuando el juez ordinario lo disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte. Cuando la mediación se inicia como institución independiente y por la existencia de un previo convenio escrito de sometimiento de las partes a la mediación (art. 46), el juez no puede conocer de las demandas que versen sobre el conflicto objeto del convenio, lo que supone una auténtica excepción procesal, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación.

En Panamá, por su parte, el Decreto Ley nº 5, de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el régimen de Arbitraje, de la Conciliación y la Mediación, ofrece un tratamiento de la conciliación y mediación difícil de distinguir. En todo caso, la mediación –con sus requisitos y presupuestos habituales, esto es, ex art. 53, autonomía de las partes, equidad, neutralidad, confidencialidad, economía y eficacia- se delega en un tercero idóneo, que deberá haber recibido la capacitación que lo califique como tal por un centro especializado o institución educativa debidamente reconocida y conseguido su inscripción en el registro oficial dependiente del Ministerio de Gobierno y Justicia (art. 59).

Por último, en Paraguay, la Ley 1879/02, de 24 de abril de 2002, de Arbitraje y Mediación, permite al mediador, además de facilitar la comunicación, la oportunidad de ofrecer propuestas de solución (art. 60). Los centros de mediación (art. 63) o los mediadores (art. 65) deben reunir o ser personas de reconocida honorabilidad, capacitación e imparcialidad, y haber superado un curso de capacitación especial.

6. El mediador en la regulación autonómica española

Frente a la inexistencia de una legislación estatal sobre la mediación en el ámbito civil y mercantil –o familiar-, desde el año 2001 se han venido publicando leyes autonómicas⁵²¹ fundamentalmente referidas a la mediación

⁵²¹ Las Comunidades Autónomas de Extremadura, Murcia Navarra y La Rioja carecen de legislación propia en la materia. En Extremadura se ha presentado una propuesta de ley de mediación por el grupo parlamentario de IU de 25 artículos «para humanizar y abaratar la justicia, además de descargar de trabajo a los Juzgados en respuesta a la enorme masa de ciudadanos que se aleja de los juzgados por el encarecimiento insoportable de las tasas»; en Murcia no existe Ley de Mediación, aunque el Centro de Mediación junto a la Asociación Murciana de Mediadores, ha presentado a la Dirección General de Familia y a la Asamblea Regional, una propuesta compuesta de 82 artículos; en Navarra aunque de momento no hay Ley de Mediación, la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista adiciona un artículo nuevo con el núm. 12 ter. Mediación familiar que dice: «1. El Departamento competente en materia de familia ofrecerá gratuitamente programas de mediación para la solución de los conflictos familiares que puedan surgir en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja. 2. Por mediación familiar se entenderá, a estos efectos, la actuación de especialistas en los ámbitos psico-socio-familiar y jurídico, dirigida a la búsqueda de puntos de acuerdo en los aspectos relacionados con la separación, divorcio o nulidad matrimonial o

familiar. La única excepción la constituye la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que constituye un considerable avance en el desarrollo normativo del ámbito de aplicación, y con voluntad semejante en la extensión de su ámbito de aplicación, se publicó la Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo

En todo caso, la legislación autonómica familiar es homogénea en cuanto a su contenido, pues su común denominador es fijar unos principios rectores de la mediación, describir el régimen de los mediadores y de las entidades de mediación familiar –con la creación de un registro para su inscripción- y su régimen sancionador, fijar las fases del procedimiento y determinar los criterios de validez y eficacia del acuerdo mediado.

La importancia de dicha norma obliga a distinguir, en el resumen que se hace a continuación, entre el régimen jurídico asignado al mediador en las normas autonómicas de mediación familiar y la prevista en la precitada ley catalana.

1. Andalucía

La Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía⁵²², tras fijar los principios de la mediación familiar que afectan especialmente al mediador en los artículos 8 -imparcialidad y neutralidad-, 9 –confidencialidad y secreto- y 11 –buena fe en su actuación-, incorpora en su Capítulo III el régimen de las personas mediadoras, de los equipos de personas mediadoras y del Registro de Mediación Familiar de Andalucía.

El artículo 13 indica expresamente que:

«1. La mediación familiar se efectuará por profesionales de titulación universitaria o título de grado en las disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social, o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico.

2. La persona mediadora deberá estar inscrita en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía

3. Asimismo, la persona mediadora deberá acreditar:

a) La formación específica o la experiencia en mediación familiar en los términos que reglamentariamente se determine.

b) El cumplimiento de cualquier otro requisito exigido para el ejercicio de su función por la legislación vigente».

Por su relevancia es también preciso recordar el contenido de su artículo 14, que determina la oportunidad de conseguir la agrupación entre sí de las

ruptura de la unión de pareja, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes.»

⁵²² Publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 13 de marzo de 2009

personas mediadoras para el cumplimiento de su misión institucional. Dice así:

«1. Las personas mediadoras, que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 13, podrán agruparse entre sí a través de las fórmulas que estimen más convenientes, con el objeto de fomentar la colaboración interdisciplinar entre profesionales, sin perjuicio de la necesaria actuación individual de un profesional o una profesional en cada procedimiento concreto de mediación.

2. Para poder constituir un equipo de personas mediadoras será requisito imprescindible que al menos tres de las personas integrantes del equipo tengan titulaciones distintas, dentro de las exigidas en el artículo 13.1.

3. Los equipos de personas mediadoras deberán estar inscritos en el Registro.

4. A excepción de la persona mediadora interviniente en el procedimiento concreto de mediación, el resto de profesionales que integren el equipo no tendrán relación alguna con las partes en conflicto, prestando únicamente apoyo, si es preciso, al profesional o la profesional interviniente.

5. Los miembros del equipo que presten apoyo a la persona mediadora no podrán exigir a las partes en conflicto honorarios o percepción económica alguna».

Siguiendo por lo demás el sistema utilizado por las demás normas autonómicas que le antecedieron, incluye en su artículo 15 los derechos de la persona mediadora, en el 16 los deberes, en el 17 los motivos de abstención y recusación, en el 18 el Registro de Mediación Familiar de Andalucía –que instituye la necesidad de la inscripción en el mismo como presupuesto de la actuación profesional- y en la totalidad del Capítulo V (arts. 28 a 39) el régimen sancionador.

2. Aragón

La postrera Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (BOE de 14 de mayo de 2011), recoge en su ámbito lo que es común en la legislación autonómica sobre la materia. Reitera los principios generales de la mediación familiar sobre la base de la voluntariedad, igualdad, confidencialidad, transparencia, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, carácter personalísimo y buena fe en su artículo 7, y dedica un Capítulo completo, el II, al mediador familiar. En tal sentido, expresa literalmente el artículo 8 que:

«1. El mediador familiar deberá poseer una titulación universitaria y acreditar la formación específica en mediación, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

2. La homologación de entidades susceptibles de impartir la formación en mediación familiar a que se refiere el apartado anterior, así como la aprobación de los correspondientes programas docentes, corresponderán al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón.

3. *El mediador familiar deberá figurar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón. Además, tendrá que colegiarse en el correspondiente colegio profesional, excepto que se trate de un empleado público al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo».*

En los artículos 9 y 10, asumiendo una correcta técnica legislativa, relaciona los derechos y deberes del mediador, al tiempo que el 10 determina su régimen de responsabilidad en el plano administrativo.

La designación del mediador, ex art. 15, se atribuye en exclusiva al departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma entre las personas que figuren inscritas en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón. Tras recordar el art. 17 las funciones del mediador familiar, el 23 define el referido Registro en los siguientes términos:

«1. Se crea el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, adscrito al departamento competente en mediación familiar. Reglamentariamente se establecerá su sistema de organización y funcionamiento.

2. El servicio de mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón se prestará por los profesionales inscritos en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

3. El personal técnico en mediación familiar al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón atenderá los casos, situaciones y supuestos que se determinen».

3. Asturias

A través de la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar⁵²³, se incorporan los principios rectores y las garantías de la mediación familiar con precisa distinción. Así, se distinguen la voluntariedad (art. 4), la neutralidad (art. 5), la imparcialidad (art. 6), la confidencialidad (art. 7), la inmediatez (art. 8)⁵²⁴ y la buena fe (art. 9), al tiempo que se distinguen en el art. 11 tres posibilidades distintas de designación del mediador con el siguiente tenor literal:

«a) De común acuerdo por las partes o a instancia de una de las partes aceptada por la otra. b) Por la persona jurídico-privada de mediación familiar a la que se le solicita la mediación. c) Por la Consejería competente en materia de bienestar social, cuando así se solicite por las partes.

⁵²³ Publicada el día 9 de abril de 2007 en el Boletín Oficial del Principado de Asturias.

⁵²⁴ Curiosamente, tras señalar que las partes y el mediador deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, sin que se puedan valer de representantes o intermediarios, indica en su apartado 2, a modo de excepción que *«Lo anterior no obsta a que, si las circunstancias así lo requieren y de forma excepcional, puedan utilizarse otros medios electrónicos en alguna de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador familiar y las partes. La presencia física de las partes deberá producirse, en todo caso, en el momento de la firma de los acuerdos adoptados».*

En estos casos, la designación así efectuada no supondrá que la misma tenga que hacerse cargo de los costes generados por la mediación, salvo en el supuesto previsto en el artículo 26».

No es hasta el artículo 18 cuando se determina la condición del mediador familiar. Después se incorpora el régimen de la abstención y recusación (art. 20), sus derechos y deberes (arts. 21 y 22), el Registro de Mediadores Familiares (art. 25) y el régimen sancionador contenido en el Título V (arts. 27 a 34). No obstante, citado precepto tiene la virtud de definir la cualificación y condiciones administrativas para el ejercicio de la función de mediador. Y expresa así que *«El mediador familiar sometido a esta Ley deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Tener titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social. b) Tener acreditada una formación específica en materia de mediación familiar, impartida por centros docentes universitarios o por los respectivos colegios profesionales, en los términos que reglamentariamente se determinen. c) Estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares del Principado de Asturias. d) Cualesquiera otros exigidos para el ejercicio de su función por la legislación vigente».*

Y en el artículo 19 sobre las entidades de mediación familiar se señala que *1. Los mediadores familiares pueden, para el ejercicio de tal actividad, constituir o integrarse en personas jurídico-privadas. En todo caso, las personas jurídico-privadas habrán de incluir dentro de su objeto social el desempeño de la mediación familiar. 2. Las entidades de mediación familiar deberán inscribirse en el Registro de Mediadores Familiares del Principado de Asturias, haciendo constar su composición, así como las altas y bajas que se produzcan. Los mediadores familiares que formen parte de un mediador familiar estarán también obligados a inscribirse individualmente en el Registro de Mediadores Familiares».*

4. Canarias

La Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar⁵²⁵, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio⁵²⁶, introduce también en el ámbito de la Comunidad el sistema de mediación familiar. Como en las demás, en el art. 4 se determinan los principios informadores –por lo que afecta estrictamente al mediador, se recuerdan la confidencialidad y el secreto profesional que caracterizan su actuación, además de su imparcialidad y neutralidad-.

El artículo 5 indica literalmente que *«El profesional de la mediación familiar, salvo que otra disposición legal superior establezca lo contrario, deberá tener titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, en su caso.*

⁵²⁵ Boletín Oficial de Canarias de 6 de mayo de 2003

⁵²⁶ Publicada en el Boletín de 5 de julio de 2005

Además deberá acreditar una formación específica en mediación familiar con los requisitos que reglamentariamente se establezcan, así como estar inscrito en el Registro Público de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma de Canarias.»

También se faculta la actividad de mediación ejercida por personas jurídicas. Así, el art. 6 señala que *«Los mediadores familiares, para el ejercicio de la actividad, pueden crear o integrarse en personas jurídicas, tanto de carácter público como privado. En todo caso, dichas personas jurídicas deben tener como único objeto social el conocimiento de asuntos de carácter familiar, contar al menos con un mediador, y estar inscritas en el Registro Público de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma de Canarias».*

Los artículos 7 y 8 se detienen en fijar los derechos y deberes del mediador, el Título III su régimen sancionador y el art. 23 –componiendo en exclusiva el Título VI- el Registro de Mediadores.

El Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar⁵²⁷, desciende en la regulación de algunos detalles de la figura del mediador. Su art. 4 indica los presupuestos que debe cumplir la formación específica que deben recibir con el siguiente tenor:

«1. A efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los mediadores familiares deberán contar con una formación específica de postgrado en mediación familiar.

2. La formación específica recibida deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Ser impartida por Colegios Profesionales, Universidades o Centros de formación superior autorizados al efecto por la Consejería competente en materia de educación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. La formación impartida por otro tipo de centros de educación superior deberá contar con informe favorable del órgano competente de la Consejería que tenga atribuida la competencia en materia de educación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. b) Comprender dentro del programa docente contenidos formativos acerca de las siguientes materias: derecho de familia; sociología; psicología, pedagogía, métodos y técnicas de resolución de conflictos, principios y metodología de la mediación familiar. c) Tener una duración mínima de 200 horas lectivas e incluir un programa de prácticas.».

Por último, y sin perjuicio del desarrollo de otras indicaciones recogidas en la Ley, define su art. 14 la retribución de los mediadores⁵²⁸.

⁵²⁷ Publicado en el Boletín Oficial de Canarias de 8 de junio de 2007.

⁵²⁸ *«1. La Consejería competente en materia de justicia podrá suscribir convenios de colaboración con los correspondientes colegios profesionales o asociaciones, así como con las entidades públicas o privadas que desarrollen programas de mediación familiar y puntos de encuentro familiar relativos a las materias a que se refiere la Ley de la mediación Familiar y el presente Reglamento y, especialmente, para la retribución de los honorarios que correspondan a los mediadores en los supuestos de mediación gratuita. 2. La cuantía de los honorarios a satisfacer tendrá en cuenta si la mediación ha sido parcial o total, así como el*

5. Castilla-La Mancha

La Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar⁵²⁹, precisa las personas y entidades que pueden realizar actividades de mediación como servicio social especializado, citando a las siguientes «a) *Las Administraciones Públicas a través de las personas vinculadas a las mismas, que presten servicios en puestos de trabajo entre cuyas funciones figure la mediación familiar, en los instrumentos legalmente previstos.*

Esta mediación se configura como servicio social público especializado. b) Las entidades públicas o privadas que se inscriban en el Registro contemplado en el Capítulo V de esta Ley.

Esta inscripción confiere la consideración de servicios sociales especializados en el programa de familia, asimilable a los prestados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, siempre que ésta se lleve a cabo por las personas reconocidas en esta Ley. c) Las personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión, que estén en posesión de las titulaciones de Licenciatura en Derecho, Pedagogía, Psicología, Psicopedagogía o Sociología, o de la Diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social, salvo que por normativa legal se establezca la titulación específica que habilite para desempeñar tal actividad, y, en su caso, estén incorporadas como ejercientes en el respectivo colegio profesional, si así lo exige su normativa reguladora, y se inscriban en el Registro especificado en el Capítulo V de esta Ley».

Tras reflejar los principios esenciales de la mediación familiar en su art. 8 – voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y profesionalidad-, dedica el Capítulo III al Estatuto del mediador, definiendo sus deberes y derechos, además de las causas de abstención. Por último, dedica sus capítulos V y VI al Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-La Mancha y al régimen sancionador.

6. Castilla y León

La Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León⁵³⁰, incorpora en su Título III el régimen del mediador, distinguiendo en su seno el mediador familiar de los equipos de personas mediadoras.

supuesto en que se haya celebrado una sola sesión. La mediación parcial es aquella que se limita a tratar una de las materias sobre las que exista conflicto familiar relacionadas en el artículo 3 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar. La mediación será total si trata varias materias sobre las que exista conflicto familiar. 3. En los casos de gratuidad de la mediación conforme a lo previsto en este Reglamento, los plazos y cuantías de los honorarios que se satisfarán a los mediadores vendrán determinados por orden de la Consejería competente en materia de justicia.».

⁵²⁹ Publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2005 y en el Boletín Oficial del Estado del 25 de agosto de 2005.

⁵³⁰ Publicada en el Boletín Oficial de Castilla y León de 18 de abril de 2006 y en el Boletín Oficial del Estado del 3 de mayo de 2006.

En consecuencia, tras recordar los principios informadores reiterados de la mediación en su art. 4, concreta los requisitos que deberán cumplir las personas que intervengan como mediadores familiares del siguiente modo:

«1.a) Tener la condición de titulado universitario o titulación equivalente en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura o titulaciones equivalentes de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario. b) Acreditar la formación en mediación familiar, organizada o tutelada por Instituciones Universitarias o Colegios Profesionales, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. c) Presentar con carácter previo al inicio de la actividad de mediación familiar declaración responsable al Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad de Castilla y León.

2. En la declaración responsable, a la que se acompañarán o incorporarán los documentos que se determinen reglamentariamente, los interesados que desean iniciar una actividad mediadora en Castilla y León, mediante establecimiento, manifestarán, bajo su responsabilidad, que cumplen los requisitos exigidos, que disponen de los documentos que así lo acreditan, que se comprometen a mantener su cumplimiento durante el tiempo de ejercicio de la actividad, así como, en su caso, lo relativo a su establecimiento en otro lugar del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Del mismo modo deberá procederse en el caso de llevarse a cabo la actividad de mediación familiar en régimen de libre prestación de servicios, en cuyo caso, la declaración responsable deberá además incluir la referencia a la concreta actividad mediadora a llevar a cabo y su duración.

3. La modificación o alteración sustancial que pueda afectar al ejercicio de la actividad mediadora, así como su finalización, deberá de igual forma ponerse en conocimiento del Registro de Mediadores Familiares mediante declaración responsable.

4. La comprobación por la Consejería competente en materia de mediación familiar de la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable o la comunicación a que se refiere el artículo 12.3, o su no presentación determinará la imposibilidad de iniciar o, en su caso, continuar con el ejercicio de la actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, y ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar⁵³¹».

Como se ha anunciado, la norma no se detiene en la determinación de los presupuestos o requisitos que debe cumplir la persona mediadora. Tras

⁵³¹ La redacción definitiva del precepto proviene de la reforma introducida por el art. 15.1 del DL (Castilla y León) 3/2009, 23 diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León («B.O.C.L.» 26 diciembre).

recordar los derechos y deberes que ostenta y debe cumplir (arts. 9 y 10), e incorporar las causas de abstención (art. 11), introduce la posibilidad de intervención de equipos de personas mediadoras, al indicar su artículo 12 literalmente que:

«1.Las personas mediadoras que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 8 podrán agruparse entre sí, a través de las fórmulas que estimen más convenientes, para formar equipos, con el fin de fomentar la colaboración interdisciplinar entre los profesionales, sin perjuicio de la necesaria actuación individual de éstos en cada procedimiento concreto de mediación.

2. Para poder constituir un equipo de personas mediadoras será requisito imprescindible que al menos tres de las personas integrantes del equipo tengan titulaciones distintas, dentro de las exigidas en el artículo 8.a) de la presente Ley.

3. Los equipos de personas mediadores comunicarán su creación al Registro de Mediadores Familiares de Castilla y León con carácter previo al inicio de sus actividades, indicando los datos de sus miembros que deberán cumplir individualmente los requisitos exigidos en este artículo y ser previamente mediadores en ejercicio.

4. Los equipos de personas mediadoras no tendrán ningún tipo de relación con las partes durante el procedimiento de mediación, prestando únicamente apoyo, si es preciso, al profesional mediador interviniente en la mediación. Los miembros del equipo podrán prestar apoyo, si es preciso, al profesional mediador interviniente en la mediación. Los miembros de cada equipo que presten apoyo a la persona mediadora del proceso no podrán exigir a las partes del procedimiento de mediación, emolumento o percepción alguna».

Por último, el Título VI regula el registro de mediadores familiares y el Título VII el régimen sancionador.

7. Galicia

La figura de la mediación familiar fue inicialmente tratada en Galicia por la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar⁵³², que en sus veinticinco artículos y dos disposiciones finales, no se separa esencialmente del régimen dispuesto por el resto de normas autonómicas.

La figura del mediador recibe tratamiento inicial en el artículo 5, cuando expresa que: *«En cada actuación de mediación intervendrá una persona que esté inscrita en el Registro de mediadores. A estos efectos, dichas personas deberán reunir los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establezcan reglamentariamente, pero en todo caso serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares».*

⁵³² Publicada en el Diario Oficial de Galicia de 18 de junio y en el Boletín Oficial del Estado del 2 de julio de 2001.

El desarrollo reglamentario se produjo con el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita⁵³³.

El art. 2 considera mediadores familiares a *«aquellos profesionales especializados en actuaciones psico-socio-familiares que, estando inscritos en el Registro de Mediadores Familiares de Galicia, actúen en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o tuvieron una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja, en el marco de lo previsto en la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar»*. Y el artículo 3 los requisitos para la inscripción en el Registro de Mediadores Familiares, precisando que *«1. Para el ejercicio de la actividad de mediación familiar regulada en la Ley 4/2001, de 31 de mayo, y en el presente decreto, es necesario estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Galicia.*

2. Para obtener la correspondiente habilitación para la inscripción en el registro deberán reunirse los siguientes requisitos: a) Ser titulado en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o en educación social. b) Haber desarrollado, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de habilitación para la inscripción, actividades profesionales en el campo psico-socio-familiar.

c) Estar en posesión de las licencias o autorizaciones pertinentes para el ejercicio de su actividad profesional y, en su caso, inscrito en su colegio profesional».

Por lo demás, la Ley determina los principios en su art. 8, el deber de secreto y confidencialidad en el art. 11 y el régimen sancionador en el Título II, mientras que el Decreto relaciona los derechos y deberes de los mediadores en los artículos 4 y 5 y su abstención y recusación en el 6. Se detiene en su Capítulo IV en el Registro de Mediadores (arts. 10 a 13) y en el Capítulo V los distintos métodos para la designación del o de los mediadores familiares (arts. 14 a 17).

8. Islas Baleares

La Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar, concreta sus principios rectores en el artículo 2 -sobre la base de los reiterados presupuestos de la buena fe, voluntariedad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, inmediatez y flexibilidad-. Lo más sobresaliente, en relación con la figura del mediador, es la relación de sus deberes u obligaciones en el ejercicio de su función (art. 8), la oportunidad de que puedan mediar una o más personas, que actuarán de forma coordinada, y la facultad de contar con la colaboración de técnicos o personas expertas (art. 12).

El Título III regula la organización administrativa del Servicio de Mediación de las Illes Balears, en cuyo seno y de forma específica se determinan los

⁵³³ Publicado en el Diario Oficial de Galicia de 18 de febrero de 2003.

requisitos de las personas mediadoras y los Centros de Mediación.

Así, el artículo 22 concreta que *«Pueden ejercer como mediadores y mediadoras las personas licenciadas o en posesión de grado universitario en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o educación social que, con capacidad de actuar y sin incurrir en ninguna causa de incompatibilidad del artículo 7 de esta ley, acrediten el aprovechamiento de una formación en materia de mediación familiar que establezca y homologue el Gobierno de las Illes Balears mediante el desarrollo reglamentario. 2. El mediador o mediadora se debe inscribir en el Registro de Mediadores del Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears»*.

El artículo 23 relaciona con los Centros de Mediación reconocidos.

Lo son *«a) Los centros que creen entidades públicas, inscritos en el Registro de Centros de Mediación de Colegios Profesionales y de Entidades Públicas y Privadas e integrados por mediadores y mediadoras dependientes de una administración pública que estén inscritos previamente en el Registro de Mediadores. b) Los centros que creen los colegios profesionales, inscritos en el Registro de Centros de Mediación de Colegios Profesionales y de Entidades Públicas y Privadas Centros de Mediación e integrados por colegiados y colegiadas inscritos en el Registro de Mediadores del Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears. c) Los centros que creen entidades privadas, legalmente constituidas e inscritas en el Registro de Centros de Mediación de Colegios Profesionales y de Entidades Públicas y Privadas, e integrados por mediadores y mediadoras inscritos previamente en el Registro de Mediadores del Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears»*⁵³⁴.

⁵³⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de enero de 2011, que ha derogado la anterior ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar, y con ello, la adopción de la forma contractual como paradigma del carácter privado con que se entendía la mediación al amparo de la competencia legislativa en materia de derecho civil propio (art. 10.23 EAIB). En tal sentido, la citada ley 18/2006 se explicaba así Exposición de Motivos, *«Se adopta la forma contractual porque es la que se adapta a esta institución de acuerdo con su naturaleza jurídica. En caso de no regularse expresamente y dada la novedad de la figura, debería recurrirse a la analogía con otros contratos -por ejemplo, el contrato de arrendamiento de servicios o el contrato de mandato. En las citadas leyes de mediación familiar no se ha regulado el contrato de mediación como punto de partida de la actividad mediadora, por lo cual el resultado ha sido una norma de carácter público que necesitará recurrir a figuras análogas para su completa regulación. Estas situaciones no son nuevas, tal como recuerda el extinguido contrato de compromiso (artículo 1.820 de Código Civil derogado), que formulaba una remisión a las normas reguladoras de la transacción, por lo cual esta insuficiencia normativa determinó la aprobación de la Ley de arbitrajes, de 22 de enero de 1953, que mantenía la naturaleza contractual. La reforma de la vigente Ley de arbitraje no entra a regular el acuerdo contractual subyacente. No obstante, como se desprende de la exposición de motivos -«ya que será posible, de ahora en adelante, que la sumisión a árbitros se haga valer en el proceso judicial de manera que el tribunal se abstenga de conocer al inicio, y no al final, del citado proceso, como ocurría a consecuencia de configurar como excepción dilatoria la alegación de compromiso»-, la doctrina no duda en afirmar que está latente un acuerdo contractual previo. Esta es la naturaleza del denominado “convenio arbitral” (artículo 5.1). La ley no ha pretendido esquivar la regulación del contrato latente en las leyes vigentes que regulan la mediación, de tal manera que cierra su normativa reguladora para no tener que acudir a la analogía para dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre los sujetos que en él intervienen, y además*

Por lo demás, la Ley termina definiendo el Registro de Mediadores y Registro de Centros de Mediación de Colegios Profesionales y de Entidades Públicas o Privadas (art. 25) y dedicando el Título IV al régimen sancionador.

9. Madrid

La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid⁵³⁵, tiene una estructura muy similar a las demás de su ámbito.

Se compone de un Título Preliminar –donde se recuerdan los principios de la mediación familiar (art. 5), ya conocidos, como la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad del mediador, la buena fe exigible en la actuación, la asistencia personal a las sesiones de la mediación y la necesaria protección de los intereses de menores y dependientes, y se instituye el Registro de mediadores familiares en su art. 6-, al que siguen cuatro Títulos.

Por lo que respecta singularmente a la figura del mediador, el Título II trata de los derechos y deberes del mediador (arts. 13 y 14) y las causas de abstención (art. 15). Antes, en su art. 11 se define al mediador, a los efectos previstos en la propia Ley, como *«el profesional especializado, imparcial y neutral que, con sujeción a los principios del artículo 4 ejerce las tareas de la mediación familiar definidas en el artículo 1»*. Además, su cualificación (art. 12), sin perjuicio de su inscripción necesaria en el Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad de Madrid, exige la prueba o acreditación de los siguientes requisitos: *«a) Estar en posesión de un título universitario de grado superior o medio con validez en territorio español. b) Acreditar las acciones formativas teórico-prácticas específicas de mediación, en los términos que reglamentariamente se determine»*.

Del régimen sancionador trata el Título IV (arts. 20 a 29).

10. País Vasco

Con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar⁵³⁶, el País Vasco se incorpora al elenco de Comunidades Autónomas que han legislado sobre la materia objeto de estudio, asumiendo el Gobierno Vasco la competencia en el desarrollo de servicios públicos integrales de mediación familiar en colaboración con las entidades locales y forales. No olvida la Ley el reconocimiento de los principios rectores en su artículo 8 –y en cierto modo ampliados, pues si se vuelve a insistir en la voluntariedad, confidencialidad,

proporciona seguridad jurídica en la aplicación de una figura nueva y, por ello, carente de pronunciamientos jurisprudenciales y de estudios doctrinales».

⁵³⁵ Publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 5 de marzo de 2007 y el 27 de junio de 2007 en el Boletín Oficial del Estado.

⁵³⁶ Publicada en el Boletín Oficial del País Vasco de 8 de febrero de 2008.

imparcialidad y neutralidad del mediador y buena fe, también se habla de la necesidad de transparencia, respeto al derecho, flexibilidad, debate contradictorio o inmediatez-.

No obstante, las personas mediadoras son tratadas en su artículo 9. Concretamente se afirma que:

«1.- Para poder actuar como persona mediadora será precisa la inscripción en el Registro de Personas Mediadoras. Para obtener dicha inscripción, además de acreditar licenciatura en Derecho, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía o diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social, o la titulación que en el desarrollo reglamentario de esta ley por el Gobierno Vasco se equipare a ellas por el contenido de su formación, será imprescindible demostrar una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar.

2.- La preparación citada en el apartado anterior, que también habrá de ser desarrollada reglamentariamente por el Gobierno Vasco, deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico en mediación de una duración mínima de 200 horas.

Este curso comprenderá entre sus materias aspectos relativos al Derecho de familia y a la psicología de la familia y de sus componentes como personas individuales, y contenidos sobre aspectos psicosociales de la familia, mediación en general y conflictos».

No se olvida la Ley de reconocer los derechos de la persona mediadora (art. 12), sus obligaciones (art. 13), y sus incompatibilidades (art. 14), o de reconocer el Registro de las Personas Mediadoras (art. 17). El régimen sancionador se define con precisión en los artículos 25 a 38.

11. Comunidad Valenciana

La ya lejana Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana⁵³⁷ fue de las primeras normas autonómicas en adentrarse en esta materia.

Las entidades de mediación familiar, según lo dispuesto en el artículo 6, podrán llevar a cabo la mediación a través de personas físicas reconocidas como tales por la propia Ley. Las entidades serán aquellas contempladas en el art. 13.2 de la Ley 5/1997, de 25 de junio, de la Generalitat Valenciana, y los colegios profesionales en que estén colegiadas las personas mediadoras. También en esta norma se definen los requisitos que deben cumplir las personas mediadoras, al señalarse en su artículo 7 que *«El profesional de la mediación familiar, salvo que por normativa legal se establezca la titulación específica que habilite para desempeñar tal actividad, deberá tener formación universitaria en las disciplinas de Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social, sin perjuicio de que deban acreditar, para poder inscribirse en el Registro de Personas Mediadoras Familiares, el aprovechamiento de una*

⁵³⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 29 de noviembre de 2001 y en el Boletín Oficial del Estado de 19 de diciembre de 2001.

formación universitaria específica de postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o master. No obstante lo anterior, podrán ejercer la mediación otros licenciados universitarios superiores, siempre que acrediten previamente el aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado, mínima de especialista».

Recordando los derechos y deberes (arts. 8 y 9) de la persona mediadora y sus incompatibilidades (art. 10), determina su art. 11 que la mediación podrá realizarse mediante la intervención de una o más personas mediadoras, que actuarán de forma coordinada, dependiendo de la complejidad de la temática o de la conveniencia de las partes en la misma. Para el caso de existir más de un mediador, uno de ellos actuará como coordinador. Tras indicar el art. 12 los presupuestos esenciales del Registro de las entidades y de las personas mediadoras familiares, y la obligación de su incorporación como presupuesto condicionante de actuación, el artículo 14 diseña la designación de la persona mediadora afirmando que «1. La persona mediadora, que en todo caso tendrá que ser aceptada por las partes, se designará del siguiente modo: a) A instancia de una de las partes. b) Por la entidad mediadora a la que se le solicita la mediación. c) A propuesta de la Conselleria competente o del colegio profesional, cuando exista solicitud del juez o de las partes.

La designación se realizará de entre las personas mediadoras inscritas en el registro creado a tal efecto y no supondrá que la entidad pública o el colegio profesional tenga que hacerse cargo de los costes generados por la aceptación del mismo».

El régimen inspector y sancionador es tratado en el Título V (arts. 22 a 31).

En desarrollo de la Ley, se dictó el Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell⁵³⁸. En sus artículos 5 a 7 distingue las entidades de mediación familiar, los centros en que se desarrolla y los servicios de mediación familiar. A través de su Título II se regula el Centro de Mediación Familiar como el órgano administrativo que tiene atribuida la competencia en materia de familia, al que se le atribuyen competencias en materia de mediación familiar.

Por último, los Títulos III a V tratan, respectivamente, del Registro y Autorización de las personas físicas y jurídicas mediadoras familiares, de los Centros y Servicios de Mediación Familiar y de la inspección y régimen sancionador.

12. Cataluña

La Ley Catalana 15/2009⁵³⁹ constituye el primer hito legal, dentro del ámbito nacional, de desarrollo de la mediación de forma integral en el marco exclusivo del derecho privado, en tanto en cuanto no se contaba con una ley general de mediación. Con ello, lógicamente, se supera el contenido de la Ley 1/2001, de

⁵³⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 18 de abril de 2007.

⁵³⁹ Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 17 de agosto de 2009.

15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña –que quedó derogada expresamente por la disposición derogatoria única- que como expresa con nitidez el primer apartado de su Exposición de Motivos:

«Representó un hito importante en la introducción de este procedimiento en el tratamiento jurídico de las crisis familiares. Hasta entonces, en Europa, únicamente Francia, con la reforma del Código de procedimiento civil de 1995, tenía una legislación específica en vigor, pese a que la práctica de la mediación se había extendido de forma incipiente en la mayor parte de los países europeos. La Ley 1/2001 cumplió la Recomendación (1998) 1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que postulaba este instrumento para facilitar la solución pacífica de los conflictos familiares, un objetivo que se incardina en la tradición catalana de prevalencia de las soluciones obtenidas a partir del acuerdo de las partes en conflicto».

Sin embargo, la necesidad de su actualización se imponía por el juego conjunto de tres factores, bien precisados en la Exposición de Motivos: de un lado, por la propia experiencia obtenida por la implantación del sistema; del otro, por la publicación de la Recomendación (2002) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, los debates suscitados en el ámbito europeo por la publicación, también en el año 2002, del Libro verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en derecho civil y mercantil y por las aportaciones surgidas para la elaboración de la Propuesta de Directiva europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 23 de abril de 2008; y, en fin, por la necesidad de adaptar la norma legal previa, de exclusiva materia familiar, a las propias modificaciones introducidas en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que introduce específicamente ya la mediación familiar en los procedimientos de familia⁵⁴⁰.

Consecuencia de ello es el intento, como se explica preliminarmente, de que determinados conflictos surgidos en el ámbito de las organizaciones y comunidades que estructuran y vertebran la sociedad no queden fuera del ámbito de la ley, pues deben tratar de corregirse a través de las modalidades de mediación comunitaria, social o ciudadana. Por ello, el objetivo final es ampliar el alcance de la mediación a determinados conflictos civiles y mercantiles que deben resolverse por la necesidad de las propias partes de mantener una relación viable en el futuro, disipar las dudas sobre los conflictos familiares que pueden ser objeto de mediación, e introducir mejoras sistemáticas y técnicas. Así, particularmente podrán mediar: a) Los conflictos surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones. b) Los conflictos en el ámbito de la propiedad horizontal y en la vida ordinaria de las urbanizaciones. c) Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadano o social, para evitar la iniciación de litigios judiciales. d) Los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad por la coexistencia de diferentes culturas

⁵⁴⁰ En concreto, el artículo 770.7ª. regla introducida por la disposición final primera, Tres, de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que literalmente indica que «Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a la mediación».

presentes en Cataluña. e) Cualquier otro conflicto privado en el que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro.

Para todo ello es evidente que debe potenciarse y mejorarse la preparación técnica del mediador, con lo que su especialización se prima al tiempo que se convalidan los principios básicos del sistema, esto, es la confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y conexión y cooperación con los tribunales para la homologación de los acuerdos que requieran control y sanción judicial.

Sin perjuicio de su estructura –conformada por seis capítulos, tres disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y una final-, debe descenderse ahora al estudio somero de las normas especialmente dedicadas al mediador o que tengan relevancia para caracterizar su actuación.

En tal sentido, el artículo 3 define casi de forma inmediata a las personas mediadoras, afirmando así que:

«1. Puede ejercer como mediador o mediadora, a los efectos de la presente ley, la persona física que tiene un título universitario oficial y que acredita una formación y una capacitación específicas en mediación, debidamente actualizadas de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente. Esta persona debe estar colegiada en el colegio profesional correspondiente, o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración. 2. La persona mediadora puede contar con la colaboración de técnicos, para que intervengan como expertos, y con la participación de comediantes, especialmente en las mediaciones entre más de dos partes.

Estos profesionales deben ajustar su intervención a los principios de la mediación». Los artículos 5 a 9 relacionan los principios de la mediación: voluntariedad, imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora –indicando los motivos que deben llevar al mediador a declinar su designación⁵⁴¹, que justifiquen su recusación en caso contrario-, confidencialidad –con la excepción dispuesta en el apartado 5 del art. 7, en cuanto que el mediador deberá detener el procedimiento de mediación e informar a las autoridades cuando conozca la existencia de hechos que revelen la existencia de una amenaza para la vida o integridad física de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio-, carácter personalísimo de la asistencia a las reuniones y buena fe en el ejercicio de la función de mediador o en la actuación de las partes.

Para la designación de la persona mediadora, la ley opta en su artículo 11.2 por una doble posibilidad: designar la partes de común acuerdo a quien conste inscrito como tal en el Registro General del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña o aceptar la designación que haga, en otro caso, el

⁵⁴¹ Conflicto de intereses, vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, amistad íntima o enemistad manifiesta entre el mediador y alguna de las partes.

organismo responsable.

El propio artículo 10 ya introduce quiénes pueden ejercer la mediación: los designados por el órgano de mediación del departamento competente en materia de derecho civil o los designados por las entidades firmantes de convenios con el citado departamento, si el propio convenio lo permite. Sin describir los derechos del mediador, sí que indica la necesidad de que ejerza su función favoreciendo una comunicación adecuada entre las partes (art. 13), lo que conlleva, según se expone literalmente que «a) *Facilita el diálogo, promueve la comprensión entre las partes y ayuda a buscar soluciones al conflicto.* b) *Vela por que las partes tomen sus propias decisiones y tenga la información y el asesoramiento suficientes para alcanzar los acuerdos de forma libre y consciente.* c) *Comunica a las partes la necesidad de velar por el interés superior en juego*».

Los deberes aparecen bien descritos en el artículo 14: cumplimiento de su labor de acuerdo a la ley y terminación del procedimiento ante cualquier causa que haga inviable su continuación⁵⁴². Singularmente, a la persona mediadora (art. 15) se le encomienda una especial diligencia en orden a informar sobre las características del procedimiento de mediación.

Así, en una primera reunión les explicará el régimen procedimental y los principios y el alcance de la mediación –con expresa mención de la posibilidad que ostentan de darla por terminada en cualquier instante-; además, en dicha sesión deberán las partes con el mediador acordar las cuestiones que deben examinarse y el desarrollo de las sesiones necesarias y proyectadas. En cualquier caso, al mediador se le encomiendan dos funciones informadoras añadidas: de un lado, la de comunicar a las partes la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico y de la necesidad de que intervenga un abogado o abogada en ejercicio para redactar el documento en el que se plasme el acuerdo que el procedimiento mediatorio ha logrado para que pueda, sin dificultades, superar el tamiz judicial, en los casos en que sea necesario (art. 19.1); del otro, la de informar, en función de las circunstancias del caso, de la oportunidad de acudir a un asesoramiento de expertos no jurídicos.

El Capítulo IV, dedicado a la «*Organización y registros*», se inicia con la mención al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (art. 20), que se constituye como órgano adscrito al departamento competente en materia de derecho civil y con el objetivo de promover, facilitar y administrar la mediación.

⁵⁴² «*La persona mediadora, a lo largo del procedimiento de mediación debe cumplir los siguientes deberes: a) Ejercer su función, con lealtad hacia las partes, de acuerdo con la presente ley, el reglamento que la desarrolle y las normas deontológicas, y ajustándose a los plazos fijados. b) Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las prescripciones establecidas por la presente ley, así como si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad perseguida, dadas las cuestiones sometidas a mediación. La persona mediadora debe prestar una atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes y, si procede, denunciar el hecho a las autoridades judiciales*».

Dado que la mediación recibe el soporte fundamental de dicho Centro, aun sin obviar el que pueden prestar los correspondientes colegios profesionales que integran a las personas que pueden ejercer la labor mediador, los artículos 21 y 22 se detienen en las funciones que pueden y deben prestar ambos.

En consecuencia, por lo que afecta a la persona mediadora, el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (art. 21) gestionará el Registro general de personas mediadoras en el ámbito familiar y el Registro en el ámbito de derecho privado; homologará las inscripciones de los mediadores en los registros y censos correspondientes, así como los estudios, cursos y formación específica; fijará los requisitos de la actualización de los conocimientos de aptitud de los mediadores y promoverá su especialización; designará a la persona mediadora, sea a propuesta de las partes o por iniciativa judicial; y enviará al colegio profesional correspondiente las quejas o denuncias que se presenten por la actuación de los mediadores, sin perjuicio de la capacidad de seguimiento que le corresponde.

Las funciones de los colegios profesionales que integran a las personas mediadoras (art. 22) se caracterizan por su labor de colaboración y complemento a la actividad del Centro de Mediación.

Por ello, les corresponde gestionar el registro de personas mediadoras colegiadas, comunicando al Centro de Mediación las altas y bajas; proponer al Centro la persona mediadora cuando las partes se hayan dirigido al colegio; formar específicamente y declarar la capacitación del mediador; cumplir con su función deontológica y disciplinaria respecto a sus colegiados mediadores y comunicar al Centro de Mediación las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes abiertos.

La capacidad del Centro de Mediación y de los colegios profesionales no agota, en todo caso, la capacidad de las administraciones locales y otras entidades públicas para desarrollar actividades y servicios de mediación, estableciendo a tal fin, si fuera el caso, convenios de colaboración institucional con el departamento competente en materia de derecho civil (art. 23).

Como en las demás legislaciones autonómicas sobre mediación familiar, también el art. 25 se dedica a definir someramente –sin perjuicio, claro está, de su desarrollo reglamentario- los registros de las personas mediadoras. Se distingue entre el registro de los colegios profesionales –donde deberán inscribirse los colegiados pertenecientes que deseen participar en actividades mediadoras- y la incorporación a una asociación profesional de mediación acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil.

En el primer caso, el colegio profesional comunicará las inscripciones al Centro de Mediación para su registro correspondiente en cualquiera de los existentes (en derecho privado, ámbito familiar u otros que correspondan).

En el segundo, las personas mediadoras miembros de una asociación profesional podrán pedir su inscripción en el Registro General del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

Como corolario, se impone celosamente que tanto el Centro de Mediación en sus designaciones de personas mediadoras, como los colegios profesionales en sus propuestas, apliquen un criterio de reparto equitativo, sin perjuicio de la asignación de una persona mediadora a un órgano jurisdiccional o a un caso particular, si las circunstancias lo aconsejan.

El artículo 26 determina los datos necesarios e imprescindibles –con garantía de confidencialidad- que, en todo caso, la persona mediadora deberá comunicar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, y, si fuera procedente, a su colegio profesional, sobre el inicio del procedimiento de mediación, finalización ordinaria o decisión de poner fin a la mediación por inutilidad del procedimiento, por falta de colaboración o por presentarse elementos que permitan deducir la existencia de un amenaza para la vida o integridad física de una persona.

Por último, son destacables las menciones a la retribución de las personas mediadoras introducidas en el artículo 27. Importa ahora destacar tres aspectos singulares: en primer lugar, si una o más partes tienen derecho a la justicia gratuita, el Centro de Mediación deberá retribuir al mediador con arreglo a las tarifas oficiales fijadas por el departamento competente en materia de derecho civil; en segundo término, si una parte tuviera reconocido el derecho a la gratuidad y la otra parte no, deberá ésta última abonar la mitad de la tarifa oficial; y, en fin, en todo caso, en las mediaciones con pluralidad de partes y al margen de la gratuidad la remuneración será fijada con arreglo a las mismas tarifas oficiales, que deberán considerar el número de partes y la complejidad del caso. El régimen sancionador integra la totalidad del Capítulo V.

13. Cantabria

Con voluntad semejante a la legislación autonómica catalana en la extensión de su ámbito de aplicación, pero incluso superándola, se publicó la Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo⁵⁴³, cuya principal característica es, como indica su Exposición de Motivos, que «*La presente Ley, en línea con esta última, pero tratando de superarla y dar un ámbito absolutamente integral a esta institución, al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales de nuestra Comunidad Autónoma, se enmarca en la competencia autonómica plasmada en el artículo 25.5 del Estatuto de Autonomía para Cantabria*». Es por ello, en consecuencia, por lo que el instituto de la mediación permite ser aplicado, respetando las exigencias legales –esto es, que las materias sean de libre disposición de las partes (art. 4)-, en cualquier orden jurisdiccional, esto es, civil, penal, social o contencioso-administrativo.

Tras determinar en qué consiste la actividad de mediar, los principios rectores tradicionales (voluntariedad, imparcialidad y neutralidad, confidencialidad, buena fe, transparencia, flexibilidad, debate contradictorio, inmediatez y presenciabilidad y calidad) se recuerdan en los artículos 5 a 14. Su Capítulo III fija la competencia y actuación de la Comunidad autónoma, administraciones

⁵⁴³ Publicada en el BOC 5 de abril de 2011.

locales y los colegios y asociaciones profesionales, organizaciones y entidades sociales en el desarrollo de la actividad de mediar, al tiempo que su art. 18 crea un Observatorio de Mediación.

El régimen de las personas mediadoras ocupa su Título II. Además de reconocer expresamente los derechos y deberes de la persona mediadora (arts. 28 y 29), aceptar la intervención de uno o más mediadores (art. 30) y definir con bastante precisión las causas de abstención y recusación (art. 34), determina su art. 25 las condiciones precisas para ejercer como mediador según el siguiente tenor literal:

«1. Para poder actuar como persona mediadora en las mediaciones que se deriven o soliciten al Servicio de Mediación de Cantabria, será precisa la inscripción en el Registro de Personas Mediadores de esta Comunidad Autónoma.

También podrán actuar como mediadores en el territorio de Cantabria quienes estén inscritos en otros registros estatales o autonómicos que sean homologados por exigir similares requisitos para el acceso a la función de persona mediadora. La declaración de homologación de un registro estatal o autonómico de personas mediadoras, a efectos de permitir ejercer la función mediadora en Cantabria a sus profesionales inscritos, corresponderá a la Consejería competente en materia de Justicia, tras la tramitación del oportuno expediente.

2. Para obtener dicha inscripción en el Registro de Personas Mediadoras será necesaria la acreditación de una licenciatura, diplomatura o grado en las siguientes materias: Derecho, Filosofía y Letras, Medicina, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía, Sociología o Ciencias de la Salud, Trabajo Social o Educación Social, Magisterio, Diplomado en Relaciones Laborales, Graduado Social Diplomado, Licenciado en Ciencias del Trabajo, Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos o la titulación que en el desarrollo reglamentario de esta Ley por el Gobierno de Cantabria se equipare a ellas por el contenido de su formación.

3. Además, será preciso acreditar la superación de un curso teórico-práctico de experto, master o postgrado en mediación cuyo contenido y duración se determinarán reglamentariamente, en el que necesariamente se incluirá la formación jurídica necesaria para poder informar a las partes sobre la legalidad del acuerdo alcanzado en cada caso, así como módulos diferenciados jurídicos, psicológicos y de detección de violencia de género». También permite, ex art. 26, la agrupación de personas mediadoras mediante la formación de equipos, que también deberán inscribirse en el Registro a que hace referencia el art. 30, que indica que:

«1. El Registro de personas mediadoras es público y se adscribe a la Consejería competente en materia de Justicia. 2. Su composición, funciones, procedimiento de inscripción y emisión de certificaciones se determinarán reglamentariamente. 3. El Órgano competente para la gestión del Registro de Personas Mediadoras recogerá las solicitudes de acceso al mismo y las evaluará siguiendo los criterios que, previo asesoramiento del Observatorio de

la Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, determine la Consejería competente en materia de Justicia, procediendo a inscribir a quienes hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 25 de esta Ley. Una vez realizada la inscripción, el Registro expedirá el correspondiente certificado. 4. A efectos de información, se publicará, fomentando su difusión especialmente a través de Internet, un listado de las personas y de los programas y servicios públicos en materia de mediación».

El Título III regula el procedimiento de mediación y el IV incorpora un catálogo de infracciones y sanciones, además del procedimiento sancionador.

Esta Ley ha venido a consagrar con amplitud la necesidad existente en esta materia de mediación y arbitraje, y pone de manifiesto como el Gobierno de Cantabria asumió la competencia en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia el día 1 de Enero de 2008, en virtud del Real Decreto 817/2007, de 22 de Junio, surgiendo ante la necesidad real a fin de hacer la única política judicial posible desde la Comunidad Autónoma: la potenciación de la mediación, al percibir que desde 1986, el Consejo de Ministros Europeo proponía la solución amistosa de conflictos como una medida recomendada a los Estados Miembros para reducir la carga de trabajo excesiva de los Tribunales. Propuesta que no se había reducido a eso pues, como ya se ha dicho, en 1999, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere, ya instaba a los Estados Miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial, procedimientos sobre los que insistió en el año 2000 y que la Comisión concretó en su Libro Verde en Abril de 2002, si bien para el ámbito civil y mercantil.

Como manifestaciones de ese espíritu europeo, el Estado español, en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, pretendió dar un nuevo impulso a esa solución amistosa de conflictos ya judicializados, tratando de que el anterior intento de conciliación que contemplaba la Ley de Enjuiciamiento Civil en la comparecencia previa del Juicio Declarativo Ordinario de Menor Cuantía, adquiriera una nueva relevancia en la Audiencia Previa del Juicio Ordinario y en el propio inicio de la Vista del Juicio Verbal, además de preverse, de forma muy intensa y explícita en el artículo 770 dentro de la regulación de los procesos de separación y divorcio.

E igualmente, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, previó, en su artículo 88, la terminación convencional del procedimiento administrativo.

La legislación procesal laboral tampoco había sido ajena a la cuestión y así, el artículo 84 del Real Decreto Legislativo 2/1995, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, también prevé en su artículo 84, dentro de la regulación del Procedimiento Ordinario, un acto de conciliación que responde a esa finalidad de poner fin al conflicto ya surgido, ahora regulado en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social en sus artículos 83 y 84.

Incluso la legislación procesal penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en redacción dada por la L.O. 38/2002, de 24 de octubre y L.O. 15/2003, de 25 de

noviembre), contempla instituciones como la de la conformidad en la instrucción –artículo 800- y al inicio de las sesiones del juicio oral –artículo 787- que dan pie al juego del principio dispositivo, bien es cierto que de una forma relativa, en un ámbito tan ligado al Ordenamiento Jurídico Público como es el Derecho Penal y su consecuencia más específica cuál es la imposición de una pena como ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Pero no sólo se llega tarde al evento, desde la perspectiva europea o nacional, sino que incluso se hace desde la propia perspectiva autonómica y así, para esas fechas ya existían muchas CCAA que habían dictado normas reguladoras de esta institución, si bien es cierto que todas ellas reducidas al ámbito estrictamente familiar.

Se observa como las CCAA han ido avanzando en este proceso, pero es que la Unión Europea no se ha parado en las referencias ya hechas y así, en el año 2008, se dicta por el Parlamento y el Consejo, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de Mayo, que insta a los Estados miembros a que instauren procedimientos alternativos de carácter extrajudicial en los ámbitos civil y mercantil.

En ese proceso se ha enmarcado la Ley de Cantabria, aprobada por unanimidad en el Parlamento de Cantabria, Ley que responde, y ello es más importante, al sentir de los ciudadanos que ya en el Barómetro de la Justicia de 2009, manifestaron en proporciones próximas al 80%, su preferencia por una solución alternativa a la vía judicial en cuestiones como recursos contra multas o pequeñas reclamaciones de dinero.

Y también, en que ese sentir alcanza a las Instituciones como el Consejo General del Poder Judicial o el propio Gobierno del Estado, que en sus planes de Modernización de la Administración de Justicia, identifican como un mecanismo saludable para ello, el de la implantación de modos de resolución alternativa de conflictos, cristalizando dicha preocupación, en el ámbito del Poder Judicial en la constitución de grupos de trabajo que fomentan y analizan dicha institución en tal ámbito.

Grupos que fueron integrados en una buena medida por Jueces y Magistrados que desarrollan su labor en Cantabria, y en el ámbito del Gobierno Central en la tramitación de la Ley de Mediación que viene a completar y regular materias a las que las CCAA no pueden alcanzar.

Y, cómo no, en la autoridad de quienes componen el Grupo de Expertos constituido por el Ministerio de Justicia para analizar la situación de la Justicia en nuestro país con el propósito de hacer una serie de recomendaciones que puedan contribuir a su mejora, entre las que se encuentra la de potenciar los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, citando expresamente la mediación.

La Ley aprobada tiene, por tanto, su punto de inspiración, en el fomento de la cultura del arreglo amistoso del conflicto, en el traslado de la evidencia de que la convivencia –pues eso es la sociedad, convivencia- también es conflicto y en la pretensión de transformar la apariencia negativa del conflicto en la realidad positiva del arreglo pacífico y dialogado del mismo.

Y desde el punto de vista constitucional, la Ley tiene su encaje no en un título competencial específico sino en una amalgama de títulos competenciales como el del bienestar social de las personas y las familias o el procedimiento administrativo así como la regulación del ejercicio de profesiones tituladas, lo que le permite abordar un objeto amplio de mediación, no circunscrito al ámbito familiar y ni siquiera al del Derecho Privado, sino abierto a todos aquéllos supuestos en que el principio dispositivo de las partes sobre el objeto del conflicto, puede jugar en todo o en parte.

De ahí que, a lo largo de sus 54 artículos distribuidos en su Título Preliminar, sus 4 Títulos, su Disposición Final, su Disposición Transitoria y sus 2 Disposiciones Finales, supere el ámbito de todas las normas antes citadas, al constituir un marco de referencia general aplicable a cualquier situación de conflicto en el que las partes estén dispuestas a llegar a una solución voluntaria dentro del respeto a la ley.

Justamente esa es la esencia de la Ley Cántabra, acorde con la esencia de la institución que le da nombre, la mediación, su voluntariedad, hasta el punto de que la Ley y sus disposiciones sólo se aplican si las partes se acogen a ella - artículo 3-, pues la libertad de las partes tiene que ser absoluta en esta materia.

Las notas más características de esta Ley, radican en que la norma meritada prevé la institución de la mediación gratuita para todas aquéllas personas que carezcan de recursos, lo que permitirá acudir a este mecanismo de resolución de conflictos que es considerado más beneficioso para la sociedad y para aquéllas personas que pasan por situaciones de dificultad económica y que en muchos casos son las que les hacen generar esos conflictos que acaban teniendo que ser solucionados por los órganos judiciales.

Entre los principios que rigen la Institución destaca el ya aludido y que impregna todo el articulado, de la voluntariedad, tanto para iniciar el proceso de mediación como para mantenerse en él y desarrollarlo a su voluntad y ello sin perjuicio de excluir aquéllos supuestos en que dicha voluntad no se forma libremente como ocurre en los casos de Violencia de género o doméstica.

Debe destacarse, igualmente, que la Ley es consciente de que esta institución sólo dará fruto para la sociedad en la medida en que la sociedad se implique en ella y por lo que contando con la participación de todos, comenzando por el Gobierno de Cantabria y alcanzando a las Administraciones Locales, los Colegios y Asociaciones Profesionales, a las Organizaciones y Entidades sociales en un sentido amplio y al propio Poder Judicial en la Comunidad Autónoma.

Y esa Sociedad toda habrá de implicarse no sólo de una forma más o menos difusa, sino también de una forma palpable y visualizable, mediante la creación del Observatorio de la Mediación de la Comunidad Autónoma, compuesto por todos y que será el auténtico timón que marque el rumbo a la Institución.

En la norma⁵⁴⁴, se reconoce la condición de persona mediadora con un sentido amplio, exigiendo una titulación de Grado, Diplomatura o Licenciatura muy amplia y nunca exhaustiva pues reglamentariamente puede ampliarse, aún más, el elenco de titulaciones que la Ley relata, si bien, y esto será decisivo, se vincula la tenencia de dicha titulación generalista a la superación de un Curso teórico-práctico, de experto, master o postgrado en mediación, cuyo contenido habrá de fijarse entre todos.

El procedimiento de mediación es sumamente antiformalista debiendo existir, únicamente, un acta inicial de la reunión inicial y otra final en la que consten los acuerdos alcanzados en su caso y fijándose un plazo máximo para la duración de la mediación, cuando esta sea gratuita, de tres meses prorrogables por uno más a solicitud de las partes.

Cuando no sea gratuita la mediación podrá durar lo que las partes estimen conveniente en un ejemplo más del respeto a la libertad que plasma esta Ley.

Finalmente, se deja fuera de la regulación de esta Ley la mediación en el ámbito sanitario y se reconoce la posibilidad de que quienes hayan ejercido la mediación con anterioridad a esta Ley puedan solicitar su inscripción en el Registro de Personas Mediadoras aún no habiendo superado el curso teórico-

⁵⁴⁴ La Ley 1/2011, de 28 de marzo (BOC 5 de abril) se articula en un Título Preliminar, 4 Títulos, una Disposición Transitoria, una adicional y dos Disposiciones Finales. El Título Preliminar se encarga de definir el objeto de la mediación destacando esa visión general y omnicomprendiva de la misma, al amparo de lo que permiten tanto la legislación procesal antes relacionada como la civil y la administrativa dictadas por el Estado en el ejercicio de su competencia y aplicable en la Comunidad Autónoma. Contempla, igualmente, los principios que han de informar el procedimiento de mediación, tributarios de la Directiva Europea antes citada e, inspirándose en un principio de intervención de todos, reconoce la posibilidad de actuación concurrente tanto de la Comunidad Autónoma como de las Entidades Locales y de la denominada Administración Corporativa representada por los Colegios Profesionales, así como de las Organizaciones y Entidades Sociales reconocidas como Centros Sociales de Mediación Familiar de Cantabria, registradas y autorizadas a tal fin. El Título I se refiere a las partes de la mediación, reconociendo tal condición a todos aquéllos que tengan la disponibilidad sobre el objeto del procedimiento y estableciendo sus derechos y sus deberes. El Título II se centra en la regulación de las personas mediadoras, condición que se atribuye con un criterio amplio si bien condicionada a su inscripción en el Registro de Personas Mediadoras y pueden ostentar, también, los grupos de personas. El Título III contempla el procedimiento de mediación, basado en un criterio antiformalista, pero fijando un plazo máximo de duración que se estima como suficiente para revelar las posibilidades de éxito de la institución en el caso concreto. El Título IV regula la responsabilidad de los mediadores y de las personas que acuden al procedimiento de mediación por vulneración de los deberes que les incumben. Por último, la Disposición Transitoria atiende a la necesidad sentida de reconocer la capacidad de aquéllas personas que, con anterioridad a la promulgación de la presente Ley, hubieran venido realizando actuaciones de mediación, previendo la posibilidad de que se les reconozca la condición de mediadores en circunstancias especiales que se determinarán reglamentariamente.

práctico específico en mediación⁵⁴⁵.

Lo cierto es que la mediación se define como una forma de resolución extrajudicial de conflictos entre personas, caracterizada por la intervención de una tercera persona, neutral e imparcial respecto de las partes en conflicto, que las auxilia en la búsqueda de una solución satisfactoria para ellas, constituyendo una manifestación de los denominados mecanismos no judiciales de solución de controversias.

Esta institución es conocida y aplicada desde hace décadas en los países de tradición anglosajona, siendo más reciente su introducción en los Estados Continentales y en la Unión Europea. Como ya se dijo, en 1986, se dicta la primera Recomendación del Consejo de Ministros Europeo a los Estados miembros respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva de los tribunales, en la que se establecía, entre otras cosas, el objetivo de promover la solución amistosa de los conflictos.

En esta línea, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de Mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea señala claramente que «el principio de acceso a la justicia es fundamental y con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial».

Y si bien en el año 2000 el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, ámbito al que también se redujo el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil presentado por la Comisión en abril de 2002, la Directiva de 2008 citada insiste en que «el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La presente Directiva debe contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación», sin circunscribir su ámbito.

El Estado Español, sensible a esa realidad social y normativa, ya en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, prevé, en su artículo 414, dentro de la regulación del procedimiento ordinario, que la audiencia previa al juicio se lleve a efecto «para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso» y en el 770, dentro de los procesos de separación y divorcio, que «las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso

⁵⁴⁵ Tanto los Colegios Profesionales, de Abogados, de Psicólogos, de Graduados Sociales, de Notarios, de Registradores de la Propiedad, como las Asociaciones Profesionales, Mediare, Amecan, las organizaciones y entidades sociales como la Asociación Consuelo Bergés y tantas otras, el Poder Judicial y el propio conjunto de representantes de los ciudadanos de Cantabria que integran el Parlamento de Cantabria, han sido conscientes de la trascendencia de la medida y han colaborado como quizá nunca se ha visto convencidos de que el bien común pasa por la solución amistosa de los conflictos que la propia convivencia que es la Sociedad, genera por propia esencia.

[...] para someterse a mediación».

En esta misma línea, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, en un ámbito tan poco propicio al principio dispositivo de las partes, la institución de la conformidad, no sólo al inicio del juicio oral –artículo 787 de la Ley-, sino incluso durante la instrucción en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos -artículo 800 del mismo texto legal-, afectando el posible acuerdo no sólo a cuestiones civiles accesorias al delito sino también a la propia pena a imponer al condenado.

La Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tampoco es ajena a esta posibilidad de finalización convencional del procedimiento y así, su artículo 88, bajo la rúbrica «terminación convencional» dispone que:

«las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

Y la Ley de Procedimiento Laboral también había previsto esa posibilidad de finalización convencional del procedimiento cuando el artículo 84, dentro de la regulación del Procedimiento Ordinario, estableciendo, como primera misión del acto de conciliación la de intentar la conciliación entre las partes, advirtiéndolas de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles y sin prejuzgar el contenido de la sentencia, añadiendo que dicho acuerdo se llevará a cabo por los trámites de ejecución de las sentencias, como ya se dijo ahora regulado en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social en sus artículos 83 y 84.

Y, aunque se trate de una institución diferente, el artículo 63 del mismo cuerpo legal establece, como requisito previo para la tramitación del proceso, un intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones con las excepciones que señala el artículo 64.

Todo ello sin perjuicio de la mediación desarrollada especialmente en el ámbito laboral por el Organismo de Resolución de Conflictos Laborales de Cantabria (ORECLA)⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ Fueron los acuerdos interprofesionales de Cantabria sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales los que marcan la andadura del Organismo de Resolución de Conflictos Laborales de Cantabria (ORECLA), que comenzó el día 6 de mayo de 1996 con la suscripción del *Primer Acuerdo Interprofesional* de Cantabria sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Laborales (A.I.C.) por parte de las organizaciones CEOE-CEPYME, CC.OO. y U.G.T. de Cantabria. Su publicación en el BOC coincide con la

Esta legislación estatal y la propia Ley de Mediación elaborado por el Estado de modo específico para este ámbito da pie al juego de esta institución y así, ha habido en las Comunidades Autónomas citadas como las del Principado de Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, País Vasco, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares o Canarias que, desde un punto de vista familiar han contemplado esta institución, al margen de la Comunidad Autónoma de Cataluña que, en una versión más integral, excede el ámbito de la mediación familiar para dar cabida a la mediación en el ámbito del derecho privado en su conjunto.

La Ley está en línea con esta última, pero tratando de superarla y dar un ámbito absolutamente integral a esta institución, al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales de la Comunidad Autónoma, se enmarca en la competencia autonómica plasmada en el artículo 25.5 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, relativo al desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas como será la de mediador regulada por la presente norma, sin poder incidir ni en materias procesales ni en cuestiones de derecho civil, reservadas ambas en el artículo 149 de la Constitución Española, al Estado.

Además y en lo que afecte a la mediación en el ámbito familiar, se dicta la presente norma al amparo de los artículos 24.22 y 23 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, que atribuyen competencia a la Comunidad

inauguración de la Sede del ORECLA, el 10 de Junio de 1997, fecha en la que, asimismo, el Organismo comienza su trabajo de forma efectiva. La creación del ORECLA se lleva a cabo con la intención de dotar de instrumentos para la solución de los problemas que se generen en las relaciones labores y potenciar la negociación colectiva, naciendo sobre la base y límites del ASEC de 1996 (Acuerdo Sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales), de contenido fundamentalmente colectivo, como puesta en práctica del mandato constitucional del que son destinatarios los agentes sociales como creadores de Derecho y autogobernadores de las relaciones de trabajo. El Organismo nació marcado, en este primer momento, por la nota esencial de su voluntariedad. La aplicabilidad del Acuerdo en cada uno de los sectores o empresas, y en consecuencia, la intervención del ORECLA, se producía desde que los representantes empresariales y de los trabajadores, o sus organizaciones respectivas, suscribían su voluntad de someterse a la totalidad de lo dispuesto en dicho Acuerdo. A tal efecto, era preceptivo suscribir el correspondiente instrumento de ratificación o adhesión. Los conflictos afectados, en este primer momento de desarrollo del ORECLA, tenían un marcado carácter colectivo. Habrá que esperar al *III Acuerdo Interprofesional* que se suscribe el 12 de abril de 1999 y que, de nuevo, supone un impulso para asentar al ORECLA con la base objetiva y subjetivamente más amplia posible, tratando de extenderlo a todo tipo de conflictos, tanto individuales como plurales y colectivos, pasando ya a incluirse expresamente en su ámbito los conflictos derivados de la extinción de relaciones laborales. Asimismo, las reclamaciones de cantidades comienzan a tramitarse sea cual fuere la cuantía afectada. Por lo que a los conflictos colectivos jurídicos se refiere, parece indudable que, en el caso de Cantabria, la única vía de cumplimiento del trámite preprocesal establecido en el artículo 154.1 de la LPL, sea parte o no una Administración Pública, es el intento de mediación-conciliación ante el ORECLA, una vez que, desde el *IV Acuerdo Interprofesional*, (firmado por los agentes sociales el 20 de diciembre de 2000 y publicado en el B.O.C. el 24 de Enero de 2001), ha recaído en dicho organismo la competencia de la Autoridad laboral en esta materia. Con el *V Acuerdo Interprofesional* firmado el 2 de octubre de 2007, se amplían las competencias del ORECLA y se adapta a las nuevas circunstancias de desaparición de la Unidad de Mediación Arbitraje y Conciliación del Ministerio de Trabajo (UMAC), por lo que desde de enero de 2008, todas las mediaciones de los conflictos individuales y colectivos son competencia del ORECLA.

Autónoma, respectivamente en materia de «asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer» y de «protección y tutela de menores», en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española, que dispone:

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil».

Finalmente, la Ley tiene su encaje en la competencia que reconoce a las comunidades autónomas el artículo 24.32 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, sobre «procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia».

7. La mediación en asuntos civiles y mercantiles en el Derecho de la Unión Europea

El interés de la Unión Europea en el desarrollo y aplicación de la mediación se puso de manifiesto inicial, como ya se ha expuesto, con el denominado *Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*⁵⁴⁷.

En concreto, el apartado h) indicaba la necesidad de adoptar una Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles para 2006, tarea que se desarrolló más tarde.

No obstante, antes de la Directiva, son reseñables dos grupos de textos que trataron de impulsar la mediación en el ámbito europeo:

De un lado, las Recomendaciones (86) 12 del Consejo de Ministros de los Estados miembros sobre las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los tribunales y (98) 1, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, del Consejo de Europa.

Esta última ha servido de base referencial a los Estados miembros, por tanto, de los textos legislativos nacionales, al ser muy útil en la definición de unos principios que guían la mediación y la labor del mediador, tales como la libertad de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procesos de mediación, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, igualdad, respeto al principio de legalidad, deber de no imposición, confidencialidad –indicando incluso que ningún medio probatorio, principalmente la declaración de parte, el testimonio o la pericial del mediador, que termine en el proceso puede servir de instrumento para desvelar las informaciones y datos que la labor mediadora haya provocado, salvo expresa voluntad conjunta o autorización expresa del ordenamiento jurídico de cada Estado-, protección del bienestar e interés

⁵⁴⁷ Diario Oficial de la Unión Europea C 198/1, 12.8.2005.

superior del menor y personas con discapacidad, competencia y ética del mediador, buena fe de la partes en conflicto y del mediador, y, en fin, sencillez y rapidez del procedimiento.

Curiosamente, la voluntariedad sólo se contempla como un principio deseable, aunque no prohíbe definitivamente las mediaciones forzadas. No obstante, es muy reseñable que se inste a promover la mediación a través de la facultad judicial –pues, no se olvide, que la mediación se contempla en este instrumento normativo como complementaria de la vía judicial- de compeler a las partes para asistir a una primera entrevista con el mediador para valorar definitivamente si deben someterse a la mediación.

Del otro, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (presentado por la Comisión, COM (2002) 196 final, el 19 de abril de 2002), que surgió por la voluntad de la Comisión Europea, respondiendo así al interés por los ADR, que representaban, según se expuso, «*una prioridad política [...] para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad*».

Se reitera el carácter consensual, se profundiza en el principio de confidencialidad –su infracción obliga a la exigencia de responsabilidad en el mediador- y se reflexiona sobre la necesidad de producir efectos suspensivos en los plazos de prescripción o caducidad.

Y no puede olvidarse tampoco, en el plano de los textos no normativos, el Código Europeo de Conducta para Mediadores, que más allá de trazar una reglas deontológicas, trata de definir unas normas de práctica que deben ser seguidas por los mediadores de acuerdo a los principios de la Recomendación (98).

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008⁵⁴⁸ a la que se ha hecho referencia aspira a ser un marco normativo de mínimos, pues se respeta el marco competencial de los Estados miembros, pero trata de sentar unos presupuestos básicos necesarios para garantizar que el acuerdo alcanzado en cualquier lugar del ámbito europeo pueda reconocerse y ejecutarse en otro lugar del espacio común. Su ámbito de aplicación se ciñe a los asuntos civiles y mercantiles *con elementos transfronterizos* –o en litigios transfronterizos- que incidan en materias de libre disposición para las partes⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ El origen cercano fue la Propuesta de Directiva de 2004, que sufrió innumerables modificaciones. Dinamarca hizo reserva de aprobación por tener previamente una regulación propia en materia de mediación que podía colisionar con los principios europeos aceptados de voluntariedad y neutralidad.

⁵⁴⁹ Así lo indica su artículo 1.2, que excepciona de la mediación los asuntos relativos a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. Y expresamente señala que «*No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana*».

No obstante, también se dispone su aprovechamiento interno, al señalar literalmente en su considerando (8) que aunque *«las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional»*.

Resalta de su contenido formal que los considerandos iniciales son más extensos que la propia regulación normativa. Comienza por definir la institución de la mediación y la figura del mediador (art. 3), trata de imponer un principio de calidad de la mediación (art. 4), así como el principio de confidencialidad (art. 7; no así el de voluntariedad), y de aclarar y confirmar la relación entre el proceso jurisdiccional y la mediación mediante el tratamiento de la derivación judicial, los efectos de la prescripción y caducidad de los plazos en la suspensión del pleito (arts. 1. 5, y 8) y el valor ejecutivo del acuerdo alcanzado (art. 6). Y, no se olvide, prácticamente termina (art. 12) con la indicación de la fecha máxima para que los Estados miembros legislen internamente para dar cumplimiento a la Directiva, el 21 de mayo de 2011.

En relación con la figura concreta del mediador –o que se relacione con él- son destacables las siguientes precisiones: Engloba todas las clases de mediación, en función de quien toma la iniciativa. En consecuencia, acepta la mediación voluntaria –cuando el proceso es iniciado por las partes-, la judicial –cuando es sugerido u ordenado por el juez en el ámbito de un proceso judicial ya en curso-, la normativa –cuando el proceso sea exigible por el derecho de un Estado miembro como condición para el inicio del proceso judicial- y, en fin, la convencional –cuando se impone como cláusula de sumisión expresa en un contrato-. El artículo 2.1 es claro y explícito en tal sentido.

La amplitud de las clases de mediación que reconoce integra también, ex artículo 3.a), la del juez *«que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio»*.

En consecuencia, excluye expresamente del modelo de mediación *«Las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a este litigio»*.

No postula un sistema concreto sobre las competencias del mediador. Su configuración depende de lo que quiera asumir cada Estado miembro. En consecuencia, tanto asume el modelo de la mediación valorativa –el mediador ayuda a las partes proponiendo soluciones prácticas- como el de la mediación facilitadora –donde el mediador actúa como mero conductor para ayudar a resolver el conflicto sin aportar propuestas de solución-.

En la libre configuración del modelo de mediador, no se toma partido por su carácter público o privado, de desarrollo o desenvolvimiento extrajudicial o incluido en el ámbito tutelado por la Administración.

El mediador se define como un tercero a quien se pide la prestación de su servicio de forma eficaz, imparcial y competente, sin que determine un colectivo

profesional determinado destinado a serlo (art. 3.b)). Se preocupa, no obstante, de la exigencia de calidad en la formación inicial y en el perfeccionamiento continuo, de un lado, y de la necesidad de fijar un mecanismo de control de calidad de los servicios de mediación⁵⁵⁰, del otro.

La voluntariedad de la mediación se instituye como principio, pues el artículo 5.1 indica que el órgano jurisdiccional «*podrá proponer a las partes que recurran a la mediación*» y pedir que «*asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles*».

Sin embargo, la Directiva no impide que el derecho interno de cada Estado miembro imponga el uso de la mediación, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, con un límite (art. 5.2): que no se impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial, esto es, que no se limite el derecho a la tutela judicial efectiva.

La confidencialidad del mediador y del proceso de mediación se constituye como pilar del sistema. Y se refleja en la invocación a los Estados miembros para que garanticen que los participantes –mediadores o intervinientes en la administración del procedimiento- en un proceso de mediación no se vean obligados a ofrecer información derivada, relacionado o conocida durante el mismo en un procedimiento judicial civil o mercantil o, en otro caso, arbitral⁵⁵¹.

El propósito cierto de las instituciones comunitarias europeas en aras a desarrollar la mediación como procedimiento útil de resolución de conflictos se aprecia con claridad con la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2010, sobre la aplicación de la Directiva, entre cuyos considerandos justificativos de su existencia se incorporan los apartados iniciales G a J, cuyo tenor literal es expresivo de la intención.

Se indica de este modo que «*G. Considerando que el Parlamento Europeo considera que es importante examinar la aplicación de esta legislación por parte de los Estados miembros con objeto de recabar las opiniones de los profesionales y de los usuarios de la mediación, y de determinar si se podría mejorar esta legislación y la manera de hacerlo. H. Considerando que, para ello, debe llevarse a cabo un análisis exhaustivo de los principales enfoques reglamentarios de los Estados miembros para destacar las buenas prácticas y para extraer conclusiones acerca de cualquier otra acción a escala europea. I. Considerando que el plan de acción de la Comisión para la aplicación del Programa de Estocolmo (COM (2010) 171 final) prevé una Comunicación*

⁵⁵⁰ En concreto, mediante «*la elaboración de códigos de conducta voluntarios y adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación*».

⁵⁵¹ Las excepciones son razonables y se incorporan en el propio apartado 1 del art. 7, a saber, «*a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o, b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo*».

relativa a la aplicación de la Directiva sobre la mediación en 2013. J. Considerando que vale la pena examinar cómo han aplicado los Estados miembros las principales disposiciones de la Directiva sobre la mediación en relación con la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales propongan a las partes que recurran a la mediación (artículo 5), con la garantía de confidencialidad (artículo 7), con el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación (artículo 6) y con el efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción (artículo 8)».

En tal sentido, la Resolución contiene una serie sistemática de observaciones, reconocimientos de la realidad e indicaciones sobre el estado general de desarrollo interno de la Directiva que, en relación con la figura concreta del mediador, tienen una especial importancia.

Así, en su apartado 1, en relación con el requisito de la confidencialidad, observa que *«ya se contemplaba en la legislación nacional de algunos Estados miembros: en Bulgaria, el Código Civil establece que los mediadores pueden negarse a testificar sobre un conflicto en el que han mediado; en Francia y Polonia, la legislación que regula la mediación en el ámbito civil establece disposiciones similares; señala que, entre los Estados miembros, Italia adopta un enfoque estricto en cuanto a la confidencialidad de los procedimientos de mediación, mientras que la reglamentación sueca sobre la mediación establece que la confidencialidad no es automática y requiere un acuerdo entre las partes en este sentido; considera que parece necesario un enfoque más coherente».*

En su apartado 20 se reconoce *«la importancia de establecer normas comunes para acceder a la profesión de mediador con objeto de fomentar una mejor calidad de la mediación y de garantizar un nivel elevado de formación profesional y de certificaciones en toda la Unión».*

En lo demás, observa que la mayoría de los Estados han dado buen cumplimiento de la Directiva, anima a la Comisión para que examine las áreas en que los Estados miembros han decidido ampliar las medidas de la Directiva más allá de su ámbito de aplicación, destaca los aspectos favorables para el consumidor y considera que es necesario aumentar la sensibilización y la educación relativa a la mediación. En conclusión, la Directiva 2008/52/CE 21 de mayo de 2008 ofrece una definición de mediación a estos efectos, como todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro. No incluirá los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio⁵⁵² situando la labor del mediador como la de asistencia a las partes en conflicto

⁵⁵² ORTUÑO MUÑOZ, P., «El proyecto de directiva europea sobre mediación», en *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, núm. V, Madrid, 2005, págs. 249-272, y ÁLVAREZ MORENO, M. T., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas cuestiones suscitadas la hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, 2005, págs. 243-304.

en cuanto éste busca la aproximación entre las partes en conflicto aportando su colaboración, y preparación, en la formalización de una solución satisfactoria y asumible por las partes por convencimiento de éstas, a diferencia del juez, y de la solución judicial del conflicto, en que la participación del juez es más distante de las partes y su solución totalmente aislada de cualquier aproximación a las partes, y de alguna manera impuesta⁵⁵³.

De este modo delega en los Estados miembros su concreta regulación jurídica, y en especial, las características que deben reunir los sujetos que la ejerzan, la defensa de la garantía de calidad de la mediación a través de la promoción y fomento de la adhesión a códigos de conducta voluntarios por parte de los mediadores y las organizaciones que presten tales servicios, y a la formación continua y especializada lo que se ha efectuado en España, inicialmente mediante la profusa regulación autonómica⁵⁵⁴, finalmente transpuesta al derecho nacional mediante el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que siguiendo el tenor de la Directiva excluye la mediación de consumo cuando dice en el Considerando 11 que: *«la presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional, como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto»*.

8. El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles

Para consolidar estos sistemas alternativos de resolución de conflictos, que han ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia, como alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, construido en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto, a los que se ha venido dando impulso desde la Comunidades Autónomas como ya se ha expuesto, de los que se carecía de una ordenación general, surge el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, que si bien es cierto que excluye expresamente de su objeto la mediación en materia de consumo en su art.

⁵⁵³ MARTIN DIZ, F. «Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias», La Ley 2006.

⁵⁵⁴ Cataluña con su Ley de 2001, hoy superada por la de 22 de Julio de 2009, y Cantabria con la Ley 1/2011, de 28 de marzo que exceden ese ámbito familiar para alcanzar a todo el Derecho Privado; Galicia, que también dicta su Ley en 2001; La Comunidad Valenciana cuya Ley de Mediación familiar es de finales del mismo año 2001; Canarias que dicta su Ley en 2003, modificándola en 2005; Castilla-La Mancha que también dicta su Ley en 2005; Castilla y León, cuya Ley data de 2006; Madrid y el Principado de Asturias que las dictan a principios de 2007; El País Vasco que, pese a tener una gran tradición en esta materia no dicta su Ley hasta 2008; Andalucía cuya Ley es de 2009 y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en 2010.

2.2.d) (como lo hacia la directiva 2008/52/CE que transpone), es cierto que tendrá carácter supletorio, asegurando -como dice su Exposición de Motivos- su conexión con la jurisdicción ordinario, haciendo así efectivo el primer eje de la mediación, como fórmula de de autocomposición que afecta a los derechos subjetivos de carácter disponible, contribuyendo desjudicialización, al concebir los tribunales de justicia como ultimo remedio.

Esta posibilidad de resolver los conflictos⁵⁵⁵, acudiendo a otras formulas tan efectivas como la judicial pero más rápidas y menos traumáticas y solemnes, venían siendo recomendadas *obiter dicta* (como consideración hecha marginalmente) en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2010, que recordaba las de 2 de julio, 3 de julio de 2007 y 5 de marzo de 2010, proponiendo esta solución alternativa, pues:

*«La mediación supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes actora-demandada, ganadora-perdedora o culpable-inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción para cada una de las partes inicialmente enfrentadas en el conflicto»*⁵⁵⁶.

Y considerando que la mediación puede ser un remedio como un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquellos, incorporando al Derecho Español la comentada Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, con una regulación que va mas allá del contenido de esta norma en la Unión Europea, en la línea de la previsión de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y su Ley de Enjuiciamiento en materia de separación y divorcio, conformando un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, con efecto jurídico vinculante dentro de las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002.

Este modelo, basado en la voluntariedad y libre decisión de las partes, expresada en el acuerdo que la pone fin, que podrá tener la consideración de título ejecutivo mediante su elevación a escritura pública, que podrá instarse directamente ante los Tribunales con la consiguiente desjuridificación. Este segundo eje de la mediación, es la deslegalización o perdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo, en el que tendrán un papel relevante las Instituciones de mediación, que desempeñan una tarea fundamental al fomento y ordenación de este proceso, sin perjuicio de la disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

⁵⁵⁵ MORETÓN SANZ, M^a F. «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como formula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión mortis causa», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* nº 721, págs. 2331 a 2474.

⁵⁵⁶ VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en la *protección de las personas mayores*, LASARTE ALVAREZ (Dir.) Madrid 2007, pág. 133

Así se enumeran los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad, a los que se añaden las reglas que han de guiar la actuación de las partes, como son la buena fe y el respeto mutuo, conteniendo finalmente el estatuto mínimo del mediador, para garantizar su imparcialidad.

La norma va dirigida a aumentar el uso de la mediación en la esfera jurisdiccional. Con ello parece evidente que se obtendrían beneficios, no sólo económicos, mediante la disminución de los costes de los procedimientos, sino sociales, por cuanto se acortarían los largos plazos judiciales de los procedimientos civiles, con consecuencias nefastas entre las partes, especialmente en el derecho de familia, con los consiguientes perjuicios sociales con que suelen verse afectados los litigantes.

La clave del éxito del sistema de mediación, no es otra que la figura del mediador, como catalizador de este método alternativo de soluciones extrajudiciales de conflictos para conseguir resultado más ventajoso que el obtenido a través de la solución judicial del conflicto. La solvencia y la equidad en su intervención y, muy especialmente, su independencia respecto de las partes litigantes, así como la discreción en el procedimiento de mediación, facilitan la efectividad y el buen resultado del trabajo de la mediación, deben ser cruciales en su labor, en especial desde el ya elaborado en 2004 Código de conducta europeo para mediadores.

El Código de Conducta Europeo para mediadores textualmente dice:

«El presente Código de conducta establece una serie de principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad. Podrá aplicarse a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Las organizaciones que proporcionen servicios de mediación podrán también ajustarse a él, pidiendo a los mediadores que actúen bajo sus auspicios que respeten el Código de conducta. Las organizaciones podrán divulgar información sobre las medidas que estén tomando en materia de formación, evaluación y supervisión con el fin de que los mediadores individuales respeten el Código de conducta.

A efectos del Código de conducta, se entenderá por mediación cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en lo sucesivo, "el mediador".

El respeto del Código de conducta se entenderá sin perjuicio de la legislación nacional ni de las normas profesionales específicas.

Las organizaciones que proporcionen servicios de mediación podrán desarrollar códigos más detallados adaptados a situaciones específicas o a los tipos de servicios de mediación que ofrezcan, así como a ámbitos

determinados tales como la mediación familiar o la mediación en materia de consumo.

1. Competencia, designación y honorarios de los mediadores y promoción de sus servicios

1.1. Competencia

Los mediadores serán competentes en la materia de mediación y deberán conocer el procedimiento de la misma. Se considerará esencial que posean la formación apropiada y que actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas, teniendo en cuenta las normas o sistemas vigentes de acreditación.

1.2. Designación

El mediador acordará con las partes las fechas que les resulten convenientes para el desarrollo de la mediación. El mediador se asegurará de que posee la formación y la competencia necesarias para mediar en el caso concreto antes de aceptar su designación. A petición de las partes, el mediador proporcionará a las mismas la información relativa a su formación y experiencia.

1.3. Honorarios

Cuando no se haya dispuesto otra cosa, el mediador deberá informar a las partes a qué forma de remuneración quedará sujeta su intervención. El mediador no deberá intervenir en mediación alguna antes de que los principios de su remuneración hayan sido aceptados por todas las partes interesadas.

1.4. Promoción de los servicios del mediador

Los mediadores podrán hacer publicidad de sus servicios, siempre que lo hagan profesional, honesta y dignamente.

2. Independencia e imparcialidad

2.1. Independencia

Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses.

Tales circunstancias incluirán todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes, cualquier interés financiero u otro de otro tipo, directo o indirecto, en el resultado final de la mediación, o que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total independencia con el objeto de garantizar su completa imparcialidad y siempre que las partes lo

consientan explícitamente.

El deber de revelar información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

2.2. Imparcialidad

El mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento, y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación.

3. Acuerdo de mediación, procedimiento y resolución del conflicto

3.1. Procedimiento

El mediador se asegurará de que las partes comprenden las características del procedimiento de mediación, su papel como mediador y el de las partes en dicho procedimiento.

El mediador en particular se asegurará de que antes del comienzo de la mediación las partes hayan comprendido y hayan acordado expresamente las condiciones del acuerdo de mediación, incluyendo en particular las disposiciones relativas a la obligación de confidencialidad del mediador y de las partes.

El acuerdo de mediación constará por escrito, a petición de las partes.

El mediador conducirá el procedimiento de manera apropiada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los posibles desequilibrios de poder, los deseos que puedan expresar las partes, la legislación aplicable y la necesidad de llegar a una resolución rápida del conflicto. Las partes serán libres de acordar con el mediador, remitiéndose a una norma o de cualquier otro modo, la manera en la que se deba llevar a cabo la mediación.

Si lo considera necesario, el mediador podrá oír por separado a las partes.

3.2. Imparcialidad del procedimiento

El mediador se asegurará de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento.

El mediador informará a las partes y pondrá fin a la mediación, cuando se haya concluido a un acuerdo que el mediador considere inaplicable o ilegal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, o cuando no se considere competente para concluirlo, o el mediador considere que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a un acuerdo.

3.3. Fin del procedimiento

El mediador tomará todas las medidas apropiadas para asegurarse de que las partes den su consentimiento al acuerdo con pleno conocimiento de causa y comprensión de los términos del mismo.

Las partes podrán renunciar en cualquier momento a la mediación sin necesidad de justificación.

El mediador deberá informar a las partes, a petición de las mismas y dentro de los límites de su competencia, sobre cómo formalizar el acuerdo y sobre las posibilidades de que éste pueda aplicarse.

4. Confidencialidad

El mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario. Salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización».

Como ya se anticipó, se publicó el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que fue aprobado por el Consejo de Ministros aprobó el viernes 13 de diciembre de 2013⁵⁵⁷ y se estructura en cuatro partes: formación del mediador, Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, Seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

El nuevo Reglamento de Mediación, cuyos artículos 14 y 21 han sido desarrollados por la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo que crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación⁵⁵⁸, regula la formación del mediador, como requisito fundamental, ligado a la eficacia con la que ha de desempeñar su labor y que además de la Ley ampara la Directiva 2008/52/CE, configurándole como una de sus piezas esenciales, partiendo de una «concepción abierta» de la formación, acorde con los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores, por lo que no se establecen requisitos estrictos ni cerrados respecto de esa formación, que habrá de estar relacionada con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios.

No obstante –dice el preámbulo- «dentro de esa concepción abierta de la formación, se establecen unas reglas básicas al objeto de dotar a los profesionales de la cualificación idónea para practicar la mediación, distribuyéndola en formación teórica, destacando la importancia de las prácticas y la exigencia de formación continua», esta formación específica, comprenderá «como mínimo, en relación con el ámbito en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética e la mediación,

⁵⁵⁷ BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2013, con entrada en vigor a los tres meses de su publicación -27 de marzo de 2014-, estableciendo como fecha de apertura del Registro para las solicitudes por parte de los mediadores e instituciones de mediación el 1 de abril de 2014, con fecha de inicio de la publicidad del Registro de 1 de junio de 2014.

⁵⁵⁸ BOE núm. 113 de 9 de mayo de 2014, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos» (art. 4), y habrá de tener una duración mínima de 100 horas.

En dicha formación se asegura una parte teórica y otra práctica, que supondrá al menos el 35 por ciento del total, contemplando unos requisitos mínimos para asegurar la actualización de sus conocimientos cada cinco años eminentemente práctica con una duración mínima de 20 horas. La formación se habrá de impartir por centros o entidades de formación públicos o privados que cuenten con habilitación legal o la autorización de la Administración Pública competente.

A través de la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, se facilitará la publicidad de los profesionales y las Instituciones de mediación dedicadas a esta materia, que configura al mediador como el responsable de dirigir un procedimiento encaminado a facilitar el consenso en situaciones de conflicto, que facilitará la publicidad y transparencia de esta actividad, consistirá en una base de datos informatizada a la que se accederá gratuitamente a través de la página web del Ministerio.

Este registro constará de tres secciones: una dirigida a mediadores, otra centrada en los mediadores concursales y una tercera para las instituciones, en que sólo será obligatoria la inscripción de los mediadores concursales en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. La inscripción de los demás expertos será voluntaria y permitirá acreditar la condición de mediador.

Para la inscripción el mediador «habrá de acreditar estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional de grado superior, que cuanta con la formación específica para ejercer la mediación y que ha suscrito un contrato de seguro o garantía equivalente para la cobertura de la responsabilidad civil» (art. 15.2).

Podrán inscribirse las Instituciones de mediación que tengan entre sus fines el impulso de la mediación regulada en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y deberán mediante declaración responsable proporcionar información sobre sus estatutos o reglamentos en materia de mediación, código de conducta y buenas prácticas si lo tuvieren, mediadores que actúen en su ámbito y criterios de selección de los mismos, ámbito territorial de actuación y póliza de contrato de seguro.

El Real Decreto, regula la obligación de aseguramiento impuesta a los mediadores e instituciones de mediación, a través de un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, para cubrir los daños y perjuicios que se pudieran derivar, o para las instituciones la que se pudiera derivar bien de la designación del mediador, bien del incumplimiento de de las obligaciones que les incumben, estableciendo la responsabilidad solidaria de ambos.

El seguro comprenderá la cobertura de todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de

expedientes o documentos de las partes.

Y finalmente, el último capítulo determina las líneas básicas del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos dentro del marco de flexibilidad característico, en los supuestos de reclamaciones de cantidades que no superen los 600 €, estableciendo un marco mínimo de los aspectos que aseguren su desarrollo con las garantías necesarias, en coherencia con la flexibilidad y autonomía de la institución y tendrá una duración máxima de un mes.

II. LA MEDIACION SEGÚN SU ORIGEN

La actuación del mediador puede venir condicionada por la causa que determina su presencia. En tal sentido puede distinguirse:

1. Mediación voluntaria de origen consensual

Es la forma más tradicional y que más se ajusta a las características uniformemente buscadas. Se produce por el acuerdo, contrato o protocolo de mediación.

El antiformalismo preside el acto inicial de gestación, pues incluso se admite su perfección a través de cualquier medio, incluso el verbal; el problema, entonces, estribará en la prueba de su existencia⁵⁵⁹.

En definitiva, se debe presentar una propuesta y una aceptación.

No se estará en presencia de una conciliación que, como medida previa al proceso contencioso, prevén los artículos 460 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 -aún en vigor por la disposición derogatoria única, apartado 1.2ª, LEC 1/2000, de 7 de enero-, por dos motivos esenciales: de un lado, en la conciliación, aunque no existe una controversia formulada procesalmente (el propio artículo 460 LEC 1881 expresa inicialmente que «*Antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación*»), sí que se acude a la tutela de la administración de justicia; del otro, porque la conciliación exige que los actos procesales previos y el propio acto conciliatorio estén ordenados y presididos por el Secretario Judicial⁵⁶⁰, lo que se concilia mal con el carácter eminentemente extrajudicial que caracteriza a la mediación.

⁵⁵⁹ El Código Judicial Belga, en su Parte Séptima, Capítulo II, arts. 1.730 a 1.733, dedicados a regular la mediación voluntaria, no impone forma alguna para proponer la mediación, pero si se remite la propuesta por carta certificada con el objeto del litigio, sirve como intimación para, ex art. 1.153 del Código Civil Belga, producir el nacimiento de los intereses moratorios.

⁵⁶⁰ Es el Secretario Judicial y no el Juez el competente para sustanciar el procedimiento conciliatorio y presidirlo tras la reforma en los artículos 460 y ss. LEC 1881 introducida por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficial judicial.

En el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2010, la capacidad para iniciar el procedimiento se perfilaba en su artículo 8, al sujetar la mediación al principio dispositivo como informador del procedimiento mediatorio, que tanto sirve para la aparición del mediador con origen consensual como propiamente contractual y normativo. Pues afirmaba su apartado 1 que *«Pueden someterse a mediación todos los conflictos que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre que las partes puedan disponer libremente de su objeto»*.

El inicio venía determinado, sin perjuicio de sus datos formales o instrumentales, en el apartado 1 del art. 20, al indicar que *«El inicio del procedimiento de mediación se solicitará de común acuerdo por la partes. También podrá solicitar el inicio del procedimiento una de las partes con posterior aceptación de las demás, que deberá ser expresada en el acta inicial cuya firma deberá realizarse en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde el depósito de la solicitud ante la institución de mediación o, en su defecto, ante el mediador propuesto por la parte»*⁵⁶¹.

Si se lee con detenimiento, la propuesta del Anteproyecto expresaba que la solicitud de inicio del procedimiento se dirigía a un mediador o a una institución de mediación (art. 20.2), y no a la otra parte, como cabría suponer en un principio. Como indicaba (pág. 56) el Informe del CGPJ al Anteproyecto, *«Parece claro que la mutua designación o la unilateral proposición de un mediador, convierte por definición en subsidiaria la posibilidad de acudir a una institución de mediación. Esta subsidiariedad de las instituciones de mediación está mejor captada en el artículo 21, pues en él se proclama como regla que el mediador será el designado por las partes de mutuo acuerdo, y que sólo a falta de acuerdo, efectuará su designación una institución de mediación»*.

El Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 29 de abril de 2011, distinguía con mayor claridad en su art. 17 –titulado «Solicitud de inicio»- entre el acuerdo entre las partes y la iniciación a instancias de una sola de ellas. Y en el primer caso -la voluntad concorde inicial-, se debería designar al mediador, el lugar de desarrollo de las sesiones y la lengua o lenguas a utilizar. Se mantenía, ciertamente, el lugar de destino de la solicitud: ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes o ya designado por ellas.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles - como también hacía el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles- tras proclamar en su artículo 6.1 que la mediación es voluntaria, precisa en su apartado 3 que *«Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo»*.

⁵⁶¹ De igual manera ocurre en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del derecho privado, pues a tenor de su art. 12 la mediación puede iniciarse por petición de las partes de común acuerdo o de una de las partes, si la otra u otras han manifestado su aceptación, en el plazo de veinte días desde que son informadas.

El art. 16, por lo demás, sigue el régimen del art. 17 del anterior Proyecto de Ley, y vuelve a distinguir las dos posibilidades de inicio del expediente: por acuerdo entre las partes –con designación del mediador o la institución de mediación, el lugar y la lengua- y por solicitud de una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento previo a la mediación, que ha sido desarrollada por el R. D. 980/2013, de 13 de diciembre.

2. Mediación convencional de origen contractual

La mediación convencional o contractual tiene su origen, y de ahí la intervención del mediador, en la existencia de una cláusula contractual que impone su obligatoriedad, como medio alternativo al judicial, ante la posible existencia del nacimiento de una controversia entre las partes.

ALVAREZ MORENO⁵⁶² realiza una serie de observaciones atinadas. Indica que la cláusula de sumisión expresa a la mediación, como si se tratara de una sumisión al arbitraje, debería obligar a la partes a acudir a ella como primer remedio en orden a solucionar la controversia entre las partes, sea por la utilización de la vía judicial o cualquier otra solución extrajudicial.

En consecuencia, su carácter vinculante ostenta un efecto negativo, en cuanto que restringe el recurso a la vía judicial, como positivo, en cuanto que faculta a cualquiera de las partes para instar el inicio de la mediación.

El Derecho Belga, más avanzado en este aspecto que el nuestro, prevé las cláusulas de sumisión expresa a mediación, tal y como expresamente impone el art. 1.725.1 de su Código Judicial. Lo mismo sucede en el Derecho Italiano, según su Decreto Legislativo 5/2003. En ambos casos, la cláusula contractual de derivación a mediación supondrá, si se aprecia o estima la excepción así propuesta, la suspensión del conocimiento del asunto hasta que se comuniquen la finalización del proceso de mediación.

La introducción de la regla 7ª del art. 770 LEC 1/2000, tras la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, incorporó la oportunidad de solicitar, ambas partes de mutuo acuerdo, la suspensión del proceso contencioso de nulidad, separación o divorcio, para someterse a mediación, pero no se modificó la ley procesal para incluir una cláusula, general o singular, que permitiera a una parte de un proceso judicial invocar como declinatoria la existencia de un contrato eficaz que vinculara a la partes a iniciar en primer lugar la mediación como medio de resolución de su conflicto.

El artículo 8.3 del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en relación con el principio dispositivo informante del procedimiento, expresaba literalmente que *«Cuando entre las partes en conflicto exista una cláusula por escrito, incorporada en un contrato o en*

⁵⁶² *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.* Revista del Poder Judicial nº 77, año 2004, págs. 266 a 268.

acuerdo independiente, que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en su relación, se iniciará el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. Si la controversia versa sobre la validez de la propia cláusula, las partes podrán retirarse de la mediación en la primera sesión alegando dicha circunstancia».

Como se afirmaba en el Informe del CGPJ al Anteproyecto (pág. 35), parece que el prelegislador es consciente de que esta clase de estipulaciones de sumisión a mediación pueden tener un vicio que las haga susceptibles de anulación.

Es verdad que si las partes pueden retirarse de la mediación en la primera sesión -cuando sostengan que la propia cláusula de sumisión a mediación es inválida- la puerta queda abierta para eludir fácilmente la institución. No obstante, su relevancia se presume escasa por dos motivos: ante el imperio del principio de voluntariedad en el mantenimiento del procedimiento, de un lado, y ante la exclusión de materias como el derecho laboral o el de consumo, del otro, donde tradicionalmente puede presumirse el desequilibrio en las posiciones de las partes. En todo caso, en opinión del CGPJ, como critica al Anteproyecto, es cuestionable que el convenio de mediación –al contrario de lo que ocurre con el arbitral- reciba tan escaso tratamiento en cuanto a su forma, contenido y efectos.

Pero lo más relevante es que no se anteproyectó la inclusión de la mediación contractual como fundamento de la declinatoria en el art. 63 LEC 1/2000. Sí, al contrario, como motivo de inadmisión de la demanda por ausencia de un requisito de procedimiento o admisibilidad (arts. 403.3 y 437.3 LEC, según la redacción prevista por la disposición final segunda del Anteproyecto) cuando la ley exija el intento de mediación antes de interponer la acción judicial.

El mismo criterio siguió el Proyecto del año 2011. El respeto al pacto escrito en el que se convino la mediación exigiría el intento de iniciar el procedimiento de mediación (art. 7.2, que se expresaba en similares términos al art. 8.3 del Anteproyecto), pero seguía sin existir la posibilidad de su alegación como declinatoria.

Todo seguía reduciéndose a la modificación de los artículos 403.3 y 437.3 LEC para su aceptación como requisito de procedibilidad.

El Real Decreto Ley 5/2012 cambia el criterio, decisión manifiestamente acertada, y esta decisión se ha trasladado a la Ley 5/2012, de 6 de julio. Vuelve a recordar el planteamiento inicial al expresar en su art. 6.2 que:

«Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste».

Pero como se ha enunciado, la mayor virtud de la norma en vigor ha sido la de definir la sumisión a la mediación como un motivo para denunciar, vía *declinatoria*, la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, lo que se ha traducido en la nueva redacción de los arts. 39 y 63.1, párrafo primero, con sus correlativos 65 y 66, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con ello se ha obviado, por innecesaria, la modificación de los artículos 403 y 437.3 LEC: no se prevé el pacto de mediación como obstáculo para la admisión de la demanda.

3. Mediación de origen judicial

En esta forma de mediar la aparición del mediador se debe a tres motivos fundamentales:

La iniciativa del juez, que propone la solución alternativa y es aceptada de común por la partes. Iniciativa del juez exclusivamente limitada a imponer a las partes su asistencia a una sesión informativa sobre los elementos más significativos del proceso mediatorio, de tal manera que tras dicho acto son las propias partes quienes aceptan o no recurrir a la mediación. La iniciativa de las partes, de común o propuesta por una y aceptada por la otra u otras, y admitida finalmente por el juez que preside el proceso y a quien dirigen su solicitud.

Si las tres formas están reconocidas, en mayor o menor medida, por el derecho comparado, el Derecho Español es más parco, aunque existen fundamentos procesales de su existencia en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, tradicionalmente la iniciativa del juez se ha reconocido hasta en tres ocasiones como medio de impulso del acuerdo de las partes para poner fin al litigio de forma consensuada, aunque en su origen no se hablara del instituto de la mediación, en la regulación de la audiencia previa del juicio ordinario (así, en los arts. 415.1, 428.2 y 429.1), especialmente en el art. 428.2, que exige una postura activa identificada con el verbo *exhortar*. Ciertamente es que dichas normas iban encaminadas a situar al juez como protagonista de una actuación en la que pretende lograr con su esfuerzo el acuerdo o transacción, pero nada impedía que pudiera aceptar un acuerdo de las partes para suspender el proceso mientras la mediación se produzca. Sin embargo, la mediación no era motivo exclusivo de suspensión: ni antes ni ahora existe una norma habilitante que permita imponer de oficio el recurso a la mediación –aunque sea para acudir a la primera sesión informativa–.

En cambio, la iniciativa de las partes en orden a procurar la suspensión del proceso con el objeto de alcanzar un acuerdo se definía, de forma general y para todos los casos, desde la entrada en vigor de la ley procesal en su artículo 19 –que perfectamente permitía englobar el acuerdo de someterse a la mediación, aunque no lo mencione, y que conllevaría la suspensión durante el plazo de 60 días, sin que existiera impedimento legal para ser prorrogado también de mutuo acuerdo–. Y de forma concreta se incorporó en el art. 770.7, precepto especial para los supuestos de crisis matrimonial por nulidad, separación o divorcio.

Las precisiones antes señaladas se apuntalaban con toda claridad en la redacción del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2010 y en el Proyecto de 2011. Tres son las novedades, en este punto, eran significativas:

La suspensión por razón de la mediación del proceso en trámite se permitía expresamente en el art. 20.4 del Anteproyecto –destinado al estudio de la solicitud de inicio de la mediación-, al indicar que *«Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal»*, y en el art. 17.3 del Proyecto –con la misma redacción-.

En el mismo sentido, la Disposición final segunda del Anteproyecto y la Disposición Final cuarta del Proyecto modificaban este precepto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el siguiente sentido literal: *«1. Los litigantes estarán facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje [...]»*.

La redacción de los preceptos inicialmente reguladores de la audiencia previa del juicio ordinario también iban a sufrir una modificación acogedora de la mediación como método de consenso entre las partes.

Así, se pretendía la sustitución del párrafo segundo del art. 414.1 para la incorporación de la siguiente locución: *«En esta convocatoria –la citación a la audiencia previa, y el Proyecto precisaba, si no se hubiera realizado antes- se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación para intentar solucionar el conflicto, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma»*. También el artículo 415 sufría una modificación. Su apartado 1, párrafo tercero, reiterando lo ya dicho en el art. 19, volvía a indicar que *«Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje»*. Y, en fin, el párrafo segundo del apartado 3 señalaba igualmente que *«Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a un procedimiento de mediación, transcurrido el plazo sin lograr al acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia»*.

Y continúa con la misma orientación la norma en vigor, si bien con algunos matices. Recuerda así la Ley 5/2012, de 6 de julio, -como también el RDL 5/2012, de 5 de marzo-, en su artículo 16.3, con idéntica redacción, la suspensión del proceso en trámite cuando de manera voluntaria se inicie una mediación; insiste su Disposición Final segunda en la reforma del art. 19.1 para, también con la misma redacción, facultar a las partes para disponer del objeto del juicio para someterse a mediación; y, en fin, se da una nueva redacción parcial a los artículos 414 y 415. Éste último, en los mismos términos ya referidos en el Anteproyecto y Proyectos previos. Y muy semejante es la redacción definitiva del segundo párrafo del 414.1 LEC, si bien con una precisión final digna de importancia.

De este modo, se afirma inicial y textualmente que *«En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma»*.

Y termina así:

«En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa».

La redacción final de los artículos 414 y 415 permite considerar, en primer lugar, que existe la obligación del órgano judicial de informar a las partes sobre la posibilidad que les asiste de someterse a mediación, bien en la citación a las partes para la audiencia previa, bien en un momento anterior. No obstante, la omisión de la debida información no debe suponer un motivo de indefensión generante de nulidad (ex art. 225.3º LEC), sino una mera irregularidad procesal sin consecuencias negativas afectantes a los litigantes o al proceso, que siempre podrá ser suspendido para someterse a mediación. En segundo lugar, la redacción final expresada del art. 414 no debe llevar a pensar que el tribunal podrá obligar a las partes a acudir a una primera sesión informativa como único y especial acto de compulsión judicial para procurar que la mediación, por lo menos, se inicie.

La voluntariedad (art. 6.1 Ley 5/2012) es principio inquebrantable del sistema y no admite excepciones.

La utilización de los verbos «invitar» e «instar» no son antagónicos, sino reiterativos de la intención de alcanzar una decisión, voluntaria, informada y consciente, de acceder inicialmente a los beneficios de la mediación. Recuérdese, en tal sentido, la primera definición del verbo instar del Diccionario de la Real Academia de la Lengua como *«Repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco»*, alejada por tanto de cualquier postura coercitiva que imponga la conducta como resultado de un deber legal.

4. Mediación normativa de origen legal

La mediación normativa u obligatoria tiene un origen nítido: lo impone una norma legal imperativa.

El artículo 5.2 de la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, indica que *«La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial»*.

Expresa su respeto por la oportunidad que las legislaciones nacionales tienen para imponer la mediación como norma de obligado cumplimiento previo o posterior al inicio de la vía judicial, pero sin que ello pueda afectar al derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, con más razón si una de las partes reside en otro Estado miembro y puede desconocer el derecho del lugar del juicio.

Todo dependerá de cómo se legisle en la vía interna y de qué incentivos o alicientes y garantías se confiera al procedimiento de mediación.

En consecuencia, del mismo modo que existen normas internas que permiten valorar la conducta de las partes judiciales en el procedimiento mediatorio previo⁵⁶³ como medio para orientar el comportamiento de las partes a los cánones de la buena fe (art. 7 CC), deben también incorporarse aquellas que doten de seguridad jurídica a los contendientes, de tal forma que, por ejemplo, la iniciación de la mediación produzca la suspensión del proceso judicial por un tiempo definido y la interrupción o suspensión de la prescripción o la consideración de los efectos de la cosa juzgada del acuerdo mediatorio sancionado judicialmente con facultades para constituir título ejecutivo.

En tal sentido apostó inicialmente el prelegislador español. El Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2010 pretendía incorporar, según rezaba su Exposición de Motivos, *«un instrumento muy sencillo, ágil, eficaz y económico para la solución de sus conflictos, alcanzando por sí solos un acuerdo al que el ordenamiento jurídico otorga fuerza de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial se tratase»*.

Para impulsar el instituto, la propia ley exigía el inicio de la mediación en determinados casos como requisito de procedibilidad necesario y previo para acudir a los tribunales o a otro medio alternativo de resolución de conflictos.

Consecuencia de ello es que el art. 8 del Anteproyecto, tras recordar la aplicación del principio dispositivo y el sometimiento libre de las partes para iniciar y finalizar un procedimiento de mediación en cualquier instante, indicaba literalmente que *«No obstante, el sometimiento a mediación será obligatorio cuando así lo establezca la legislación procesal»*. El art. 7.1 del Proyecto de 2011 se expresaba en parecidos términos al indicar *«La mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal»*.

En concreto, la Disposición final primera, apartado 10, del Anteproyecto, y en mismo apartado de la Disposición final cuarta del Proyecto, preveían la obligatoriedad general de la mediación a través de la reforma del art. 437.3 LEC 1/2000, afirmando así que *«En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo*

⁵⁶³ En Italia, el Decreto Legislativo 5/2003, de 17 de enero, de reforma del Derecho Societario, prevé que en el proceso civil instando con posterioridad al fracaso del intento de mediación, puede ser objeto de valoración judicial tanto la incomparecencia de una de las partes como las posiciones asumidas ante el mediador, a los efectos de la imposición de las costas procesales, que puede conllevar, incluso, la condena por litigación temeraria.

artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda», modificación que incorporaba seguidamente un requisito de procedibilidad y de admisión de la demanda posterior al expresar el proyectado art. 439.2 LEC –que introduce la disposición final primera, apartado 11- que:

«No se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompañase acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición», lo que se complementa con la nueva redacción que también se pretende del art. 403.3 LEC, que impone la inadmisión de las demandas cuando no se hayan intentado mediaciones o conciliaciones que se exijan en casos especiales⁵⁶⁴.

Sin embargo, las anteriores previsiones decayeron completamente con la publicación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, y con la Ley 5/2012, de 6 de julio. La mediación, como afirma el tantas veces repetido art. 6.1, es voluntaria, sin más excepciones o aditivos. Lo reitera su apartado 3º al indicar que *«Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo»*.

No se ha producido, en consecuencia, ninguna modificación de la LEC para incorporar la exigencia previa de mediar como condicionante del acceso a la vía judicial impuesta con carácter general, como se proyectaba, más allá de la lógica incorporación de la declinatoria cuando las partes se hubieran obligado convencionalmente a intentar la mediación antes de acudir a la vía judicial.

5. Mediación pública o privada

La mediación pública y gratuita conlleva la actuación de un profesional que presta sus servicios en el ámbito de la Administración Pública (caso, en materia familiar, de los países nórdicos –Finlandia, Noruega, Suecia-, Alemania –en algunos supuestos-, Polonia y Eslovenia). La privada y retribuida implica los servicios de un mediador que ejerce su función como desarrollo de una profesión liberal (así sucede en Francia, Inglaterra y Austria).

La Recomendación (98) 1, deja libertad a los Estados miembros para la adopción de la forma de organización que estimen más adecuada. Tampoco se vincula la Directiva 2008/52/CE en favor de una u otra modalidad, pues el mediador (art. 3.b)) es considerado como un tercero que recibe el encargo con

⁵⁶⁴ El Informe del CGPJ al Anteproyecto (pág. 96) planteaba sus dudas sobre la incorporación de la institución como un recurso obligatorio en orden a reducir la litigiosidad, pues corre el riesgo de convertirse en una formalidad que se cumpla de forma rutinaria –como la antigua conciliación obligatoria, desterrada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881-. Es más, indicaba el CGPJ que el propio Anteproyecto descuenta este escenario como probable cuando en el art. 19.1 se afirma que las sesiones informativas, en los supuestos de mediación obligatoria, serán gratuitas, y que se tendrá por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia a dichas sesiones. En definitiva, como expresaba la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto, no se trata de imponer un obstáculo que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, sino un *«un mero trámite de carácter previo que permite dar por cumplida la obligación legal en la sesión informativa si no se llegara a iniciar la mediación»*.

independencia de su denominación o profesión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo su labor.

En el ámbito internacional la coexistencia de los dos sistemas es la pauta más general. Así ocurre en EEUU, Canadá –con desarrollo fundamental de dos servicios públicos gratuitos, Québec y Montreal-, Francia, Bélgica, Portugal o Argentina, donde el servicio público, generalmente gratuito, tiene una especial incidencia para lograr la mediación en personas con escasos recursos económicos.

En España, en el ámbito familiar, desde un inicio han convivido los servicios privados de mediación con los servicios públicos⁵⁶⁵.

No parece que sea otra la idea que expresaba el Anteproyecto de Ley de 2010 y el Proyecto de 2011. La distinción fundamental se hacía entre instituciones de mediación –personas jurídicas- y los mediadores –personas físicas-, pero no en su carácter privado o público, que perfectamente puede reunir ambas condiciones.

El artículo 5 de ambos textos era expresivo, respecto de las instituciones de mediación, cuando se indicaba que lo eran tanto las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación. El mediador, por su parte, quedaba identificado por su inscripción como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación.

La misma redacción se contiene en el actual art. 5 de la Ley 5/2012. No existe motivo, por tanto, para considerar que la norma no sancione la compatibilidad de los servicios privados y públicos de mediación.

6. Mediación simple o comediación

La mediación simple es aquella en que interviene un solo mediador. En la comediación intervienen varios –dos o más- y de distintas profesiones con el fin de conjugar los distintos enfoques concurrentes en la mediación, si bien el psicológico y el jurídico son los más relevantes. La comediación es útil y con ella se obtienen buenos resultados; sin embargo, es más costosa económicamente.

En el ámbito familiar, Francia la ha reconocido legalmente; en el Reino Unido se admite siempre que, para ser subvencionada por el Estado, se demuestre su necesidad; en Alemania se reconoce como comediación interdisciplinaria –abogados y psicoterapeutas-; y, sobre todo, en Austria, donde se practica habitualmente por dos comediadores –uno con conocimiento básico psicosocial y otro legal-.

⁵⁶⁵ La propia Ley Catalana 15/2009, de 22 de julio, permite la compatibilidad entre el mediador público y privado en su artículo 3 al tratar de las personas mediadoras, pues permite serlo tanto a los que desarrollan sus servicios para la Administración –a través por tanto de un servicio público- como las que ejercen su profesión liberalmente –aunque se exige su colegiación o pertenencia a una asociación profesional del ámbito de la mediación-.

En tal sentido, a título de ejemplo, la Ley Catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, expresa en su artículo 3.2, al definir a las personas mediadoras que:

«La persona mediadora puede contar con la colaboración de técnicos, para que intervengan como expertos, y con la participación de comediantes, especialmente en las mediaciones entre dos o más partes. Estos profesionales deben ajustar su intervención a los principios de la mediación».

Con lo dicho la distinción es obligada. No es lo mismo la mediación —en la que dos o más mediadores ejercen directamente su profesión— que la utilización de un equipo de personas mediadoras, en cuyo seno se integra el mediador. En este último caso la creación del equipo tiene como objetivo fomentar la colaboración interdisciplinar entre los profesionales, como sería el caso del formado por un licenciado en Derecho, otro en Psicología y un tercero con diplomatura en Trabajo Social.

No obstante, el equipo no se relaciona con las partes durante el proceso de mediación, pues el apoyo se presta al mediador mediante los consejos u orientaciones que al equipo se le demanden en el ámbito en que el mediador no sea experto⁵⁶⁶.

En el Anteproyecto de 2010 (art. 21) y Proyecto de 2011 (art. 19), al tratar de la designación del mediador, se permitía expresamente que la mediación fuera llevada a cabo por uno o varios mediadores, sin que se haga mención a los equipos de mediadores que puedan formarse.

Y se disponía en el Proyecto seguidamente (art. 19.2) que *«Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada».*

La misma redacción indicada del Proyecto de ley de 2011 ha quedado incorporada en el art. 18 de la Ley 5/2012, de 6 de julio. No ha habido, por tanto, modificación alguna sobre la tesis proyectada.

1. Principios que rigen a los mediadores

Se afirmó con anterioridad que la Directiva de 21 de mayo de 2008 define de forma muy amplia al mediador (art. 3) como *«todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en*

⁵⁶⁶ En tal sentido, a título también de ejemplo, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León, reconoce en su art. 12 los equipos de personas mediadoras, para cuya constitución es requisito imprescindible que al menos tres de los integrantes tengan titulaciones distintas. Las personas individuales que lo componen deberán estar inscritas en el Registro de mediadores familiares y los equipos deberán igualmente inscribirse como tales en la sección correspondiente (art. 12.3).

cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo su actuación».

No lo define la ley catalana 15/2009, de 22 de julio, que sí repara en los criterios de su actuación y en sus deberes (arts. 13 y 14). En igual sentido, la Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo.

Precisamente por dedicar un capítulo completo, el Anteproyecto de 2010, al estatuto del mediador incorporaba un artículo, el 13, que más que una definición contenía una descripción de su cometido y forma de actuación. Indicaba así que *«A los efectos de esta Ley se entiende por mediador aquella persona inscrita como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación del Ministerio de Justicia, a quien se solicite que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el artículo 14».*

Tal compendio de su contenido no se mantuvo en el Proyecto de 2011 ni en la Ley 5/2012, de 6 de julio, que sí se detiene en las condiciones para ejercer la función (art. 11) y en las reglas generales de su actuación (art. 13).

El compendio de cualidades de un buen mediador, en la formulación de SINGER, L, según el cual debe tener *«la paciencia de Job, la sinceridad de un inglés, el ingenio de un irlandés, la resistencia física de un maratoniano, la habilidad para escabullirse de un futbolista, la astucia de Maquiavelo, la aptitud para conocer la personalidad de un psiquiatra, la capacidad para ganarse la confianza de un mudo, la piel de un rinoceronte y la sabiduría de Salomón».*

Fuera del plano jurídico el mediador debe tener una serie inevitable de cualidades personales para lograr el éxito de su función. Debe ser empático, en cuanto debe tratar de entender lo que él sentiría si se colocara en la posición de las partes; cordial, buscando un clima adecuado de relajación, confianza y respeto; habilidoso en la labor de persuadir para que las partes abandonen su posición habitual quejosa; comunicativo, mediante la utilización adecuada del lenguaje –al que debe prestar una especial atención en su modalidad verbal y no verbal, es decir, apreciando las posturas, tonos de voz, etc.-, los canales de comunicación y sus niveles; paciente y leal en el ejercicio de su labor y, en fin, debe controlar el ritmo del proceso de la forma que estime más adecuada.

Como afirma BELLOSO MARTIN⁵⁶⁷, el mediador establece el *ritmo de la mediación*, determinando el número de las sesiones, su carácter conjunto o individual y la duración de las mismas. Debe orientar y controlar el proceso administrando la palabra y el tiempo, nunca el contenido. Debe también velar por que el conflicto no degenera en una escala de hostilidad. Para ello su actividad no debe obedecer a un sistema cerrado o estándar, no debe encorsetarse en un proceder uniforme, sino abierto, amplio, adecuado a las circunstancias y posibilidades que ofrezca cada caso.

⁵⁶⁷ *El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador.* Estudios sobre la Mediación: La ley de Mediación Familiar de Castilla y León, pág. 244.

En todo caso, para tratar de configurar su contenido, sus características y los principios que inevitablemente deben regir su función y actividad, deben distinguirse algunos aspectos que reiteradamente se han puesto de manifiesto, como común denominador, en la legislación autonómica y europea⁵⁶⁸.

1. El Código de conducta europeo para mediadores

La referencia comunitaria en este sentido se sitúa en el «European code of conduct for mediators» aprobado en julio de 2004, establece como se ha visto, una serie de principios generales aplicables a cualquier tipo de mediación civil o mercantil sin que suponga en ningún momento obstáculo a una regulación nacional de la materia en cada Estado miembro e incluso a que las propias organizaciones y profesionales que se dedican a ello generan normas de desarrollo e implementación de acuerdo al específico contexto o los tipos de mediación que ofrezcan.

El objetivo primordial del código deontológico europeo en materia de mediación es consolidar la mediación como un recurso voluntario a disposición de los ciudadanos en la resolución de sus disputas así como mejorar la calidad y la confianza en dicho instrumento, que vincula a aquellas organizaciones o mediadores que se adhieran voluntariamente a él y bajo su responsabilidad.

El Código de conducta europeo para mediadores incide especialmente en la preparación y competencia de los mediadores así como en su constante formación continua y especialización en la materia. Establece tres grandes principios básicos en la conducta del mediador, a saber:

a) independencia y neutralidad: establece la independencia y la neutralidad del mediador como una obligación que éste debe mantener durante todo el proceso de mediación y como ausencia de cualquier interés personal, profesional, económico, directo o indirecto, tanto con las partes como con el objeto de la mediación.

b) Imparcialidad: sustentada fundamentalmente en una actuación equitativa respecto de las partes.

c) Confidencialidad: estableciendo igualmente la obligación del mediador de guardar absoluta confidencialidad sobre la mediación, su objeto, partes y resolución, excepto en los casos en que le sea requerida de forma legalmente establecida o por motivos de orden público.

Asimismo el Código regula, de forma muy sucinta, algunos de los elementos estructurales de la mediación.

⁵⁶⁸ Normativa europea en la que destaca, además de la Directiva 2008/52/CE, la Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros sobre la mediación familiar, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (19 de abril de 2003), apartado 2.1-33; y la Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales, aprobada por la COM (2004) 718 Final.

En primer término (apartado 3.1 del Código) establece los requisitos previos para el acceso a la mediación, en cuanto a que el mediador debe informar y hacer entender a las partes en qué consiste la mediación y la actividad que deben desarrollar tanto las partes como el mediador en dicho proceso, así como los términos y condiciones del acuerdo por el cual formalizan, voluntariamente, su deseo de resolver el conflicto mediante mediación, y las previsiones al efecto en cuanto a obligaciones y confidencialidad del proceso de mediación. El Código de conducta europeo establece que dicho acuerdo, previa petición a las partes, se plasme por escrito.

Procedimentalmente se concede al mediador una amplia libertad para conducir el proceso de mediación de la manera que considere más apropiada, tomando en consideración las particulares circunstancias de cada asunto, e incluso contempla expresamente la posibilidad de oír a las partes separadamente durante la tramitación de la resolución. En todo caso se subraya expresamente la necesidad de un trato equitativo e igual a las partes y de la necesaria ecuanimidad en el proceso por parte del mediador, otorgando idénticas oportunidades a las partes durante la tramitación y se prescribe igualmente, como forma normal de terminación de la mediación, el caso en que el mediador ofrezca un acuerdo a las partes que solucione su conflicto, debiendo tomar las medidas necesarias para asegurarse que las partes entienden el contenido del mismo, las obligaciones dimanantes, y que lo consienten expresamente, así como a petición de éstas, y dentro de los límites de su competencia, informar a las partes como pueden formalizar dicho acuerdo y otorgarle carácter ejecutivo.

En último término se regulan los honorarios que percibirá, en su caso, el mediador. Establece el Código de conducta europeo para mediadores que en caso de que no estuviera fijado con carácter previo, el mediador deberá facilitar a las partes toda la información relativa al modo y cantidad de la remuneración a percibir por sus servicios, no pudiendo aceptar el encargo de mediar si todas las partes afectadas no han aceptado previamente dichos honorarios.

De esta forma son tres las grandes cuestiones que la Directiva aborda. En primer lugar, y sometidas las partes a la mediación como forma de evitar el procedimiento o, una vez comenzado, de aligerarlo mediante el acatamiento de los resultados de la mediación, se plantea la efectividad de la resolución en cuanto que las partes puedan solicitar la ejecución forzosa de los acuerdos alcanzados mediante resolución, sentencia o instrumento auténtico.

En segundo lugar se resuelve acerca del valor que como prueba en procedimientos judiciales puedan tener determinadas actuaciones entre las partes y quienes intervienen en la mediación.

En último término se valora la repercusión que la utilización de la mediación supone respecto a los plazos de caducidad y prescripción de las acciones derivadas de los hechos demandados, a partir del acuerdo de las partes de solicitar la mediación o de la orden judicial de recurrir a la misma.

La Directiva comunitaria regula expresamente la cuestión. Establece, como obligación de resultado a los Estados miembros, el que se asegure que, a petición de las partes, el acuerdo alcanzado tras una mediación pueda ser

confirmado (homologación automática) por una resolución, sentencia, o instrumento auténtico o de cualquier otra forma, por un órgano jurisdiccional o entidad pública que haga ejecutorio el acuerdo de manera similar a una resolución judicial en virtud de Derecho nacional.

Prima por tanto una especie de principio de asimilación automática del acuerdo obtenido en la mediación como si de una resolución judicial vinculante se tratara, siempre y cuando el acuerdo no sea contrario al ordenamiento europeo ni al ordenamiento nacional del Estado miembro donde se formule la solicitud.

Esto conduce a pensar que no va a ser una homologación meramente formal sino que los órganos jurisdiccionales, o en su caso entidad pública que otorgue ejecutividad al acuerdo, deberá hacer un control del acuerdo, fundamentalmente en cuanto no sea contrario a la ley o al orden público.

El segundo elemento de repercusión directa en un proceso civil que recoge la Directiva de la Unión Europea, es la admisibilidad de determinados elementos derivados de una mediación como posible prueba en un proceso judicial civil. La regla general es la imposibilidad de comunicación entre las actuaciones derivadas de la mediación y el eventual proceso civil posterior sobre la cuestión e incluso, como regula el apartado cuarto, aun con independencia de que el proceso judicial se pueda referir a la materia objeto de la mediación, con ciertos matices y excepciones.

Expresamente se arbitra que tanto los mediadores como las personas implicadas en la administración de los servicios de mediación, no podrán dar testimonio ni presentar pruebas en procesos civiles en relación con los siguientes extremos:

- a) La propuesta de la parte de recurrir a la mediación o el hecho de que una parte estuviere dispuesta a participar en la misma.
- b) Las opiniones expresadas o sugerencias propuestas por una parte en una mediación relativas a una posible solución del conflicto.
- c) Las declaraciones o confesiones efectuadas por las partes en el curso de la mediación.
- d) Las propuestas efectuadas por el mediador.
- e) El hecho de que una parte hubiera manifestado su deseo de aceptar una propuesta de solución del mediador.
- f) Los documentos elaborados a los solos efectos de la mediación.

En principio, restringe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan hacer uso de dichas situaciones en un proceso judicial civil con el valor de prueba, y en caso de ser presentada deberán considerarla inadmisibles. Excepcionalmente, se permite que la información concerniente a los extremos anteriormente expuestos sí pueda revelarse y sea admitida como prueba en los casos en que:

- 1) La medida requerida a efectos de la aplicación o ejecución de un acuerdo alcanzado como resultado directo de la mediación.
- 2) Para eliminar las consideraciones de orden público, en particular para asegurar la protección de menores o prevenir el daño a la integridad física o psicológica de una persona.
- 3) Si el mediador y las partes están expresamente de acuerdo.

Finalmente se regula como tercera cuestión de índole procesal la repercusión que en las instituciones de la prescripción y la caducidad pueda tener el sometimiento de la cuestión litigiosa a mediación.

Es indudable que el sometimiento previo de la cuestión a un medio alternativo de solución del conflicto, y el consiguiente lapso temporal que consume, requiere de una previsión en cuanto a su cómputo, o no, en la viabilidad de la posterior acción judicial.

En este sentido la Directiva, acertadamente, opta por considerar que el plazo temporal que se emplee en la mediación implique automáticamente la suspensión del todo plazo de caducidad o prescripción relativo a la acción derivada de las cuestiones sometidas a mediación, a partir del momento en que las partes acuerden recurrir a la mediación, el órgano jurisdiccional, en su caso, ordene recurrir a la mediación, sea obligatorio recurrir a la mediación de conformidad con el Derecho nacional de un Estado miembro, por tanto el momento de inicio del cómputo así como también la previsión del momento final del mismo, marcado por la conclusión de la mediación sin lograr acuerdo de solución, a contar desde la fecha en que una o ambas partes, o el mediador, declaren terminada la mediación o se retiren efectivamente de la misma.

2. Los principios básicos

1. Imparcialidad

La Directiva de 21 de mayo de 2008 incorpora el principio al tratar de definir al mediador en su art. 3.b).

La ley catalana 15/2009 lo incluye con claridad en su art. 6 a través de varias indicaciones: la necesidad de que, en su cumplimiento, el mediador garantice la igualdad entre las partes, interrumpiendo si es preciso el procedimiento si no está garantizada la igualdad de poder y la libertad de decidir, y, en todo caso, cuando esté implicada una mujer que haya sufrido o sufra violencia en el ámbito de la pareja o de la familia objeto de la mediación; la necesidad igualmente de que el mediador decline la designación.

Y, aunque, no lo diga, se abstenga si la causa sobreviene o es conocida con posterioridad a su designación- cuando haya surgido un conflicto de intereses, vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo, amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes, o, en otro caso, haya intervenido previamente de forma profesional en defensa de los intereses de una de las partes en contra de la otra; y, en fin, la

oportunidad de recusar al mediador cuando no haya declinado su designación –o, no se abstenga- concurriendo los supuestos indicados.

También lo hace, en muy semejante sentido, la Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, en su art. 6, recuerda la ausencia de interés del mediador, de un lado, y la ausencia de capacidad decisoria, del otro, pues su labor se ciñe a que las partes alcancen por sí mismas las soluciones al asunto sometido a mediación.

En el Anteproyecto de 2010 y en el Proyecto de 2011 la imparcialidad se incorporaba igualmente como presupuesto legal. Así, sus arts. 9 y 8, respectivamente, indicaban de forma idéntica que *«En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellos expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas»*.

Correlato de ello, como no pudiera ser de otra manera ante la voluntad ministerial de dotar al mediador de un estatuto jurídico que ilumine su actuación, es la necesidad de que actúe con buena fe. Y en relación con el presupuesto de imparcialidad, el art. 16.3 del Anteproyecto y 14.5 del Proyecto le obligaban a expresar, antes de iniciar o de continuar su labor, *«cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses»*. A renglón seguido, y con similitudes con la ley catalana, expresaban las circunstancias que pueden influir, sin perjuicio de otras, en la imparcialidad, esto es, la existencia de una relación personal, contractual o empresarial con cada una de las partes, la existencia de un interés directo o indirecto en el resultado o la actuación previa a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia que no sea un proceso de mediación.

Todavía más. El deber de revelar esta información, como presupuesto de la pulcritud de la actividad mediadora, permanece a lo largo de todo el procedimiento; si surge cualquiera de las circunstancias definidas o cualquiera otra que haga pensar al mediador en la pérdida de su imparcialidad, debería de expresarlo, para que si él consideraba que ésta no queda definitivamente mermada sean las propias partes las que *«lo consientan y lo hagan constar expresamente»*⁵⁶⁹.

En definitiva, y como se deduce también de la legislación autonómica sobre mediación familiar, se trata de preservar que el mediador carezca de cualquier relación con las partes que permita dudar de su imparcialidad en su función, lo que le obliga a no aceptar la designación, abstenerse si la circunstancia afectante se produce o es conocida con posterioridad a la designación y, en todo caso, a ser sujeto de recusación.

⁵⁶⁹ Llamaba la atención al CGPJ -y lo expresa en su Informe al Anteproyecto (pág. 36)- que el principio de imparcialidad resulta difuminado por los efectos del principio de voluntariedad de las partes, del que deriva la capacidad de éstas para decidir sobre el procedimiento de mediación y designar al mediador.

No obstante, la singularidad del presupuesto de imparcialidad tiene una vocación añadida. No sólo debe garantizarse el destierro de cualquier viso de parcialidad derivado del interés, sino que su labor debe en todo momento estar destinada a garantizar la igualdad de trato, o «*la plena igualdad de oportunidades*».

En consecuencia, la garantía de imparcialidad le exige procurar que las partes se encuentren en igualdad de condiciones. A la inversa, si detecta que las partes están desequilibradas en cuanto a la información de la que disponen o al poder que ejercen o mantienen, deberá terminar con el proceso de mediación si el reequilibrio resulta imposible o muy dificultoso. En tal sentido, se excluye tradicionalmente de la mediación los supuestos en que existan hechos delictivos propios de violencia sobre la mujer.

Con la publicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, se ven definitivamente aceptados todos los criterios anteriores, que son asumidos en su práctica literalidad. En consecuencia, a partir del artículo 7 –Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores- se expresa literalmente que:

«En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas», se definen en su art. 13.5 las mismas exigencias que se contenían antes en el art. 16.3 del Anteproyecto y 14.5 del Proyecto, y que en definitiva le obligaban a expresar, antes de iniciar o de continuar su labor, *«cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses»*.

2. Neutralidad

Aunque en ocasiones se trata conjuntamente con la imparcialidad, el principio de neutralidad está más vinculado con la relación entre el mediador y el objeto que provoca su actuación. Desde el punto de vista negativo, el principio impone que el mediador se abstenga de imponer un acuerdo determinado o de orientar a las partes a alcanzarlo según su preferencia. Deben ser las partes las que, por sí mismas, como indica la definición que de la mediación nos ofrece la Directiva 2008/52/CE (art. 3.a), encuentran la solución al conflicto, judicial o no, con la ayuda del mediador.

El artículo 8 de la Ley 5/2012 lo enuncia con distinción del de imparcialidad. Y sin definirlo expresa que *«Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14»*.

El mediador facilita la comunicación entre las partes y desarrolla una conducta activa destinada a lograr el acercamiento (art. 13.2), pero ni debe ni puede imponer soluciones o medidas ni tomar parte por ninguna de ellas⁵⁷⁰. El art. 14,

⁵⁷⁰ En línea con lo previsto en el art. 6.2 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Cataluña, cuando indica que *«La persona mediadora debe ayudar a los participantes a alcanzar por ellos mismos*

en fin, no indica otra cosa que el deber de los mediadores de cumplir fielmente su encargo, con sujeción a la responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. Sigue la norma en vigor el criterio marcado por el art. 10 del Anteproyecto y, sobre todo, por el art. 9 del Proyecto de 2011.

Tiene trascendencia esta cuestión en orden a considerar si el prelegislador español se decantaba por un tipo de mediación facilitadora –en la que el mediador conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar el conflicto, pero sin pronunciarse sobre el mismo ni proponer soluciones o medidas- o por el modelo inverso de mediación valorativa –en la que el mediador desarrolla una conducta activa en busca del arreglo formulando, incluso, propuestas de solución-.

La Directiva deja plena libertad a los Estados para diseñar su modelo (art. 3.b. in fine). El Informe del CGPJ al Anteproyecto (pág. 37) consideraba que se opta por el modelo valorativo a partir de la definición de las obligaciones del mediador en el art. 16.1.II, que señalaba literalmente –lo que hoy se recoge en el art. 13.2 de la Ley 5/2012- que *«el mediador está obligado a desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta ley»*.

No obstante, considerar que la norma en vigor se decanta con claridad por una mediación facilitadora puede parecer excesivo a la luz de la interpretación literal de las palabras de la norma, pues una conducta activa puede ser perfectamente compatible con los dos modelos, sin que se aprecie, al contrario, un decantamiento en favor de fórmulas que amparen la capacidad de proponer o sugerir acuerdos o que permitan al mediador ofrecer sus opiniones⁵⁷¹.

Realmente lo importante es que el mediador aproxime a las partes, les mueva desde sus posiciones iniciales tendiendo puentes que les acerquen. Debe aproximarles para que detecten los intereses que comparten –sobre todo los intereses, no tanto la postura o el tratamiento jurídico de su posición- y el beneficio que ambos pueden obtener del resultado del proceso en comparación con otros medios alternativos o con la propia decisión judicial.

Nunca debe olvidarse de que son las partes las únicas legitimadas para acordar la solución, pero el mediador puede servir de estímulo para encontrarla a través de caminos de solución distintos a los que se presentan inicialmente.

Por ello, el mediador debe tener una perfecta información de la naturaleza del conflicto, pues a partir de entonces es cuando se encuentra en mejor posición

sus compromisos y decisiones sin imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta y sin tomar parte».

⁵⁷¹ Al contrario, claramente abraza el modelo de mediación facilitadora el art. 8 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, cuando expresa literalmente que *«La persona mediadora deberá abstenerse de dar su opinión, sugerir o proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación»*.

para aportar ideas u opciones en las que las partes no han pensado. Y eso no es decidir por ellas o imponer su visión y solución, lo que queda completamente vetado para el mediador.

3. Confidencialidad

La confidencialidad del mediador es la pieza clave del sistema. Su nivel de protección tiene que ser máximo y sus excepciones de clara interpretación restrictiva. Cualquier quiebra en el respeto íntegro a este principio mermará de inmediato el prestigio de la institución y allanará el camino para que los ciudadanos la rehúyan.

El mediador, aunque también las partes, a través del contrato de mediación, deben comprometerse a guardar secreto de todo aquello que puedan conocer durante el desarrollo del proceso de mediación.

Consecuencia de ello es el nivel de protección que debe dispensarle el ordenamiento jurídico: el mediador no debe ser llamado, salvo excepción puntual, como testigo o perito del juicio que se puede desencadenar después o del que estuviera suspendido, ni solicitarle informes, declaraciones o remisión de documentos sobre su contenido.

Ha de pensarse que la exención de la obligación de declarar estará además amparada, en formulación negativa (permiso legal para no declarar), en el deber de guardar secreto por razón de estado o profesión del art. 371 LEC 1/2000.

Su importancia radical ha sido reconocida reiteradamente en textos internacionales tales como la Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros sobre la mediación familiar, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (19 de abril de 2002)⁵⁷².

Ya el borrador del Código de Conducta Europeo para los mediadores (art. 3.5) y la propia Directiva de 21 de mayo de 2008, que en su art. 7 disciplina -tras declarar que salvo acuerdo de las partes los Estados miembros garantizarán que ni los mediadores ni los participantes en la mediación sean obligados a declarar en un proceso judicial o en un arbitraje, sobre la información relacionada o derivada con la mediación- las excepciones posibles, reducidas a dos:

«a) Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo».

⁵⁷² Apartados 78 a 82, donde se indica el éxito del buen funcionamiento dependerá de su respeto, pues asegurará la franqueza y sinceridad de las partes.

La redacción contenida en el art. 9 de la Ley 5/2012 no se separa en lo esencial de la Directiva, como tampoco lo hacía el art. 11 del Anteproyecto de 2010 o el art. 10 del Proyecto de 2011. El precepto, en suma, respeta su enunciado principal y la determinación de las excepciones. Lo único relevante por su distinción será la necesidad de contar con autorización judicial motivada cuando la revelación sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal, única excepción al principio general junto con la dispensa expresa y por escrito de las partes. Lo que sí indica, ex art. 9, es que la confidencialidad se extiende a la documentación y a su declaración en juicio y tanto al mediador como a las partes intervinientes, de un lado, y que, del otro, la infracción de este deber generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Por último, si el art. 9 garantiza el principio de confidencialidad del mediador para evitar que pueda declarar como testigo, la Disposición Final tercera ha modificado los artículos 335 y 347 LEC 1/2000 con el fin estimable de evitar, salvo acuerdo en contrario de las partes, que quien haya intervenido en una mediación no pueda ser requerido para emitir dictamen pericial ni para comparecer en juicio como perito en un asunto en el que hubiera intervenido como mediador.

Volviendo sobre la causas previstas por el legislador español para excluir la confidencialidad, la comparación con la legislación autonómica permite considerar otros dos supuestos más de limitación del deber de confidencialidad: de un lado, que su limitación sea compatible con la legislación vigente sobre el secreto profesional; del otro, que la información no sea o esté personalizada y pueda utilizarse para finalidades de formación o investigación⁵⁷³.

BLANCO CARRASCO ⁵⁷⁴ cuestiona ciertos supuestos de exclusión del deber de confidencialidad recogidos en determinadas leyes autonómicas sobre mediación familiar. Así, el art. 11.2 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar de Galicia, en cuanto que admite como supuesto de exclusión el requerimiento del juez o del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, sin mayor aditamento o exigencia. En el mismo sentido se encuentra el art. 26.2.b de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado en mediación familiar de Castilla-La Mancha, aunque lo condiciona a que el juez o el Ministerio Fiscal requieran el expediente en los casos y circunstancias previstas en las leyes procesales.

Común denominador, en fin, es el rigor con que las leyes autonómicas tipifican el incumplimiento del deber de confidencialidad por el mediador, la mayoría como una infracción muy grave y como causa de abstención posterior –en procesos de mediación posteriores- o de recusación.

4. Otros principios: Igualdad, Buena fe y Carácter personalísimo

⁵⁷³ Así lo indica el art. 7 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Cataluña, que recuerda que las actas que se elaboran a lo largo del procedimiento de mediación tienen carácter reservado.

⁵⁷⁴ Ob.cit, págs. 177 y 178.

La presencia de los anteriores principios, esenciales y comunes, no elimina la de otros, que figuran tanto en la legislación autonómica como en el texto estatal.

Los más destacados y comunes se incorporan al art. 7 y 10 de la Ley 5/2012. Así, deberán respetarse plenamente los principios de *igualdad*, actuación de acuerdo a la *buena fe* y *respeto mutuo* –de las partes y el mediador-, *exclusión de otras vías de solución del conflicto durante la sustanciación de la mediación* y, en fin, *colaboración y apoyo* con la actuación del mediador.

La ley catalana 15/2009, de 22 de julio, dedica dos artículos, añadidos a los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad (arts. 5 a 7), a los principios de *buena fe* –que implica tanto a las partes como a los mediadores (art. 9)- y al *carácter personalísimo* de la asistencia a los actos del procedimiento de la partes y el o los mediadores, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios (art. 8)⁵⁷⁵.

Y ello sin perjuicio de que se presenten circunstancias excepcionales que hagan imposible la presencia coincidente de las partes, en cuyo caso podrán utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia siempre que se garanticen los principios de la mediación.

MARTIN DIZ⁵⁷⁶ considera apropiado incluir el principio de *autorregulación*, ligado con la competencia y la ética del mediador, por el cual el propio mediador reconozca sus propios límites en la resolución del conflicto, tanto en cuanto a la imposibilidad de sugerir o imponer la solución, como en cuanto a su honradez a la hora de apartarse del procedimiento cuando su arreglo lo entienda inviable, bien proponiendo la búsqueda de otro profesional (mediador o no), bien otra fuente, medio o sistema de resolución (jurisdiccional o no).

2. La profesión de mediador

1. La tutela pública

MARTIN DIZ⁵⁷⁷ aprecia que los requisitos de acceso a la profesión de mediador estarán condicionados por el tipo de sistema de mediación que se disponga legalmente. Si se opta por un sistema público de mediación, bajo dependencia del Ministerio de Justicia, podría condicionarse la habilitación del mediador a la superación de una prueba inicial; podría, igualmente, crearse un cuerpo de mediadores con relación funcional o laboral con la Administración al que se accedería tras superar la correspondiente oposición o concurso-

⁵⁷⁵ Se exceptúa la mediación civil entre una pluralidad de personas, en cuyo seno las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.

⁵⁷⁶ *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. Premio Rafael Martínez Emperador 2009. CGPJ, pág. 178.

⁵⁷⁷ Ob.cit., págs. 196 y 197.

oposición; o, en fin, podría establecerse que el ejercicio de la mediación sea una profesión liberal con la condición para el desarrollo de la actividad de su inclusión en una lista elaborada por la Administración competente. Si, al contrario, se opta por un modelo de mediación privada, bastaría con la superación de unas pruebas de acceso y la colegiación correspondiente.

La Directiva no apuesta por ningún sistema determinado en tal sentido. El Anteproyecto de 2010 y el Proyecto de 2011 parecían decantarse por la tutela pública de las instituciones que conlleva la mediación, no como servicio público en el que indeclinablemente los mediadores se integren como funcionarios o contratados laborales dependientes de la Administración -que, al contrario, sí podría considerarse el régimen común en materia familiar en el ámbito autonómico-, sino como profesionales liberales cuyo régimen de actuación está condicionado claramente por la intervención administrativa, cuya presencia se pone de manifiesto en la obligación de los poderes públicos de velar porque las instituciones de mediación y los mediadores cumplan con lo previsto en la ley (art. 5.2 Anteproyecto y 5 del Proyecto), consecuencia de lo cual se crea el Registro de mediadores y de instituciones de mediación (art. 6 del Anteproyecto y Proyecto) y el régimen de responsabilidad civil al que quedan sometidos (art. 17 del Anteproyecto y 15 del Proyecto).

En términos muy similares se define la necesaria intervención pública en el control de las instituciones de mediación y los mediadores. Singularmente, la Disposición final octava de la Ley 5/2012 había previsto que pudieran crearse por vía reglamentaria los instrumentos precisos para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la propia ley, incluso con la creación de un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación o la determinación de la duración, el contenido del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de su labor o el alcance de la obligación de la obligación de aseguramiento de su responsabilidad civil, como así ha sucedido posteriormente en su desarrollo reglamentario previsto en el R. D. 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles

No obstante, brilla por su ausencia en la Ley 5/2012 cualquier clase de referencia a una entidad determinada, de carácter público, cuya misión sea la de promover y administrar la mediación en derecho civil y mercantil.

En tal sentido, constituye un avance significativo, del que sea podría haber tomado nota, la labor que para la organización y control de la mediación ostenta el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, según lo dispuesto por la Ley 15/2009, de 22 de julio. Entre sus funciones más significativas (art. 21), y sin colisión con las que pueden ejercer los respectivos colegios profesionales en los que se integran por su profesión los distintos mediadores, destacan la labor de fomento y difusión de la mediación, la de gestionar el Registro general de mediadores, la de homologar la formación y la actualización de los conocimientos, la de facilitar las sesiones informativas gratuitas, la de cursar las solicitudes de mediación provenientes de las autoridades judiciales y administrativas, la de designar a la persona mediadora

a propuesta de las partes o cuando proceda de la autoridad judicial, la de controlar el cumplimiento de los presupuestos del procedimiento de mediación, la de tramitar las solicitudes de mediación gratuitas, etc.

En el ámbito del curso de formación del CGPJ («*Taller de derivación a la mediación. Mediación conectada con el Tribunal*»), se alcanzó en el «*Taller Civil*» la conclusión, de que los servicios de mediación civil y mercantil debían de tener un carácter mixto público-privado, pues si bien es cierto, de un lado, que las partes tienen gran amplitud de autoorganización y es extensa su capacidad para disponer –esencia del derecho privado y correlato de la libertad contractual (art. 1.255 CC)-, parece razonable, de otro, exigir un control institucional a través de un centro público de mediación que cumpliera unas funciones de control del cumplimiento de los requisitos y exigencias impuestas por la ley⁵⁷⁸.

2. Titulación y formación

No hay duda de que el éxito de la mediación vendrá dado, entre otras circunstancias, por la formación adecuada del mediador. Sin embargo, no existe claridad de criterio sobre las exigencias formativas adecuadas.

De modo general, y con las debidas matizaciones, puede distinguirse entre las condiciones impuestas por los países de influencia anglosajona y los latinos. Los primeros (EEUU, Gran Bretaña, Holanda, Alemania, Países Escandinavos), al concebir la mediación como una técnica cercana a la negociación con vistas a la consecución de acuerdos, afirman la necesidad de intervención de profesionales del derecho. Los segundos (Sudamérica y Sur de Europa), al plantearla de forma más abierta, instan la necesidad de intervención, junto a profesionales del derecho, de otros procedentes de la psicología y el trabajo social.

La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 parece orillarse en favor del criterio aperturista. Se define al mediador, art. 3.b, como todo tercero « *[...] independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación* ».

Tampoco la formación adecuada, inicial y continua, ha sido objeto de un esfuerzo unificador. Es verdad que las propuestas han ido dirigidas en dicho

⁵⁷⁸ En concreto, se consideró que podía cumplir las siguientes funciones: «1.- *Autorizar el cumplimiento de los requisitos previos en la Ley (medios, acreditación de mediadores, suscripción de seguros de responsabilidad civil, adscripción a códigos deontológico) por parte de los Mediadores y las instituciones de Mediación. 2.- Validar la formación necesaria para actuar como Mediador. 3.- Controlar la calidad y evaluar la satisfacción de las partes, Abogados, Jueces, Secretarios y Funcionarios con la Mediación, intentada o realizada. 4.- Asegurar la existencia de panel de Mediadores y que éstos cumplen los requisitos exigidos por la normativa o por el propio centro de Mediación. 5.- Designar a los Mediadores, bien sean personas físicas o jurídicas, instituciones o centros de Mediación. 6.- Garantizar la formación continua. 7.- Establece un régimen de infracciones y sanciones. 8.- Asegurar que existirán sesiones informativas, así como la posibilidad de acudir a la Mediación obligatoria, en los casos en que esta sea necesaria, asegurando la existencia del Mediador*».

sentido⁵⁷⁹. Pero ha tenido que ser la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 la que ha tratado de fijar una directriz, muy general y común, al indicar en su art. 4.2 que «*los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes*».

En línea con otras leyes autonómicas, la ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña, se decanta (art. 3.1) por exigir, como condición de ejercicio, la tenencia de un título universitario oficial y la justificación de una formación y capacitación específicas en mediación. Al tiempo, le exige su integración –colegiación– en el colegio profesional correspondiente, su pertenencia a una asociación reconocida en el ámbito de la mediación –y acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil– o la previa condición de mediadora para la Administración.

El Anteproyecto de 2010, además de exigir para ser considerado mediador (art. 13) la previa inscripción como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación del Ministerio de Justicia y de encontrarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles, imponía la posesión, «*como mínimo, del título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado*».

En semejante sentido, el Proyecto de 2011, añadía a los presupuestos anteriores (art. 12) el de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, precisando en cuanto a la titulación que debía de poseer un título oficial universitario o de educación profesional superior.

La ausencia de mayores exigencias en orden a requerir un determinado nivel de conocimientos técnico-jurídicos suscitó evidentes recelos⁵⁸⁰.

El Informe del CGPJ al Anteproyecto se extendía sobre el particular con apreciaciones con las que podrá estarse de acuerdo o no, pero que sí parecen interesantes (págs. 41-45). Se afirmaba, así, en primer lugar, que podría ser más apropiado precisar las especialidades académicas⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Así lo entendió, si bien exigiendo todavía flexibilidad, la Recomendación (98)1, el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos –que concedía gran importancia a la formación de los mediadores– y el borrador de Código de Conducta Europeo para los Mediadores –que hizo especial hincapié en la necesidad de la profesionalización–.

⁵⁸⁰ Precisamente, Martín Diz, en la obra citada, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. Premio Rafael Martínez Emperador 2009. CGPJ, págs. 194 y 195, considera que el mediador debe ser un titulado universitario superior (licenciado, o grado universitario) con formación de base o posterior especialización jurídica. Lo considera, no un terapeuta, sino un verdadero profesional jurídico que debe ostentar unos conocimientos jurídicos mínimos. Cita el caso de Portugal, ex art. 12 de la Ley 21/2007, de mediación penal, que condiciona la actividad del mediador a la posesión de una habilitación por parte del Ministerio de Justicia.

⁵⁸¹ En línea con lo que hace, a título de ejemplo, el art. 9 de la Ley de Mediación Familiar del País Vasco, que exige la licenciatura en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía o diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social o alguna otra titulación equiparada a ellas por vía reglamentaria.

Se insistía, en segundo término, en la omisión de la exigencia de tener una titulación que avale determinado nivel de conocimientos técnico-jurídicos, sobre todo cuando el propio art. 33 del Anteproyecto proclamaba que no podían ser homologados judicialmente, ni ser ejecutados, los acuerdos contrarios a derecho, y el art. 27.2.º invitaba al mediador a denunciar por escrito en el acta final las causas por las que considerase que los términos de la mediación fueran incompatibles con la ley y, en fin, el art. 28.3 le imponía como deber comprobar la adecuación de lo acordado con el ordenamiento jurídico. Difícilmente, en consecuencia, un lego en conocimientos jurídicos podría cumplir con los deberes legales que se le imponen.

Parece que las indicaciones que desde el CGPJ se realizaron eran adecuadas, por lo menos en lo que afecta a los mínimos conocimientos técnico-jurídicos del mediador.

Ello no debe significar que el único título académico sea el de licenciado o graduado en derecho, ni que el único perfil adecuado haya de ser el del abogado en ejercicio.

La formación técnico-jurídica debe venir de los cursos específicos de formación cuyo seguimiento debería imponerse. Una formación específica –un curso o master en mediación–, por tanto, que sirviera para incluir nociones jurídicas, técnicas de entrevista, empatía (capacidad emotiva y afectiva), psicología básica y creatividad (imaginación en la sugerencia de ideas y dirección de la comunicación). Sería en tal sentido adecuado que, aprovechando la reforma de las titulaciones derivadas del nuevo marco del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (Espacio o Plan Bolonia), se incorporara el estudio de la mediación como una disciplina de alguna de sus titulaciones o, incluso, como una diplomatura específica.

Y es en este ámbito, es decir, al definir la formación adecuada del mediador, cuando hay que recordar que el éxito del sistema vendrá, en gran medida, de la preparación y formación de las cualidades del mediador, pues su prestigio será el de la institución.

Por ello, parece plausible que ante la más que probable proliferación de cursos de postgrado, de maestría o de otra índole, exista una regular definición de los presupuestos o requisitos que la formación debe tener para conseguir la titulación, con expresión del horario que debe superarse, las disciplinas objeto de estudio y el sistema de calificación, lo que no han quedado claramente definidos en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a no ser su duración y prácticas, pero en la que se echa en falta un plan de estudios que regule la profesión de mediador de modo uniforme, pues de hecho no se ha descartado la formación *on-line*, y al no definirse claramente la especialización, indicándose que la formación comprenderá como mínimo el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos de comunicación, negociación y de resolución de conflictos (art. 4.1), y que será impartida por centros o entidades de formación públicos o privados con habilitación legal para llevar a cabo dichas actividades o con la debida autorización de la

Administración pública con competencia en la materia (art. 7.1), podría suceder que los programas de formación en mediación sean distintos, dependiendo del centro que lo imparta, pues únicamente se dice que la formación específica será de 100 horas de docencia efectiva, que se desarrollara tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos un 35 por ciento del de la duración mínima prevista para la formación del mediador, y que las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.

Parece razonable la propuesta que en el marco del curso de formación del CGPJ, celebrado en Madrid entre los días 24 a 26 de mayo de 2010 y titulado «*Taller de derivación a la mediación. Mediación conectada con el Tribunal*», se alcanzó en el «*Taller Civil*» al señalar la importancia de la creación de un centro público que controle la mediación, similar a un colegio profesional, que, entre otras, cumpla la misión de validar la formación necesaria para conseguir la capacitación para actuar como mediador.

En todo caso, siquiera sea de forma subsidiaria –aunque sería mejor hablar de su complementariedad- indica el CGPJ que podría acudirse a otra fórmula, como puede ser la seguida por el art. 15.3 de la ley catalana 15/2009, de 22 de julio, que sin exigir tampoco conocimientos jurídicos al mediador, impone que las partes sean adecuadamente informadas en la sesión inicial de la «*necesidad de la intervención de un abogado o abogada designado libremente para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación*».

Para la Directiva (art. 4.2) la calidad de la mediación vendrá muy determinada por la formación de los mediadores, por lo que se estima adecuado que se desarrolle una labor de fomento de la misma por las Administraciones públicas competentes para lograr no sólo su capacitación inicial sino también su perfeccionamiento continuo, incluso como condición para conseguir la inscripción o la continuación de la misma en el Registro que corresponda⁵⁸².

Dicho todo lo anterior, que sirve de prolegómeno directo, debe afirmarse que el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo huyó de la exigencia de una titulación específica para ejercer la labor de mediador. Sus condiciones se definieron en su art. 11 de la siguiente forma: «1. *Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. 2. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico. 3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su*

⁵⁸² En línea con lo previsto, por ejemplo, en el art. 13 Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares, que exige unas condiciones formativas muy precisas para conseguir su homologación como mediador.

actuación en los conflictos en que intervenga».

En consecuencia, la condición para mediar se obtenía (vigente el RDL derogado por la entrada en vigor de la Ley 5/2012), no del punto de partida que pudiera suponer una titulación, universitaria o no, determinada, sino del pleno ejercicio de sus derechos civiles, de la formación específica obtenida por la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones acreditadas y por la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, sin perjuicio de que reglamentariamente (Disposición Final quinta) pudiera también exigirse la incorporación a un Registro específico.

El cambio de criterio en orden a no exigir una titulación previa –como la previsión del Proyecto de 2011, título universitario oficial o de educación profesional superior- constituyó una decisión que sólo podía ser entendida si la formación específica fuera lo suficientemente completa como para procurar unos conocimientos suficientes que pudieran garantizar la calidad del profesional –donde la formación técnico-jurídica debe ser proporcionada a la función última del mediador, que es la de procurar un acuerdo conforme al ordenamiento jurídico-. En todo caso, la decisión del legislador, la opción por la carencia de titulación previa determinada, era arriesgada y generó polémica.

Con mejor criterio, y tratando de terminar con la polémica, el legislador de la Ley 5/2012, además de indicar que la personas jurídicas que se dediquen a la mediación deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos legales, determina en su art. 11.2, que:

«El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional».

La decisión final es clara: la condición de mediador vendrá determinada por la posesión de un título oficial previo –sin precisar las disciplinas- y la superación de una formación específica en mediación, como refleja igualmente su reglamento de desarrollo (art.15.2), que exige para darse de alta en el Registro de Mediadores *«acreditar estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional de grado superior, que cuenta con la formación específica para ejercer la mediación y que ha suscrito un contrato de seguro o garantía equivalente para la cobertura de su responsabilidad civil»*

3. Instituciones de mediación

La Ley 5/2012, incorpora en su seno las instituciones de mediación (art. 5). Lo mismo hacía el Anteproyecto de 2010 y el Proyecto de 2011 (también en su art. 5). En concreto, la Exposición de Motivos del Anteproyecto les asignaba *«Una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación».*

Como se ha dicho, el art. 5 las define positivamente. Prevé la incorporación de sistemas de mediación por medios electrónicos –en especial, para las controversias que consistan en reclamaciones de dinero (Disposición final séptima)- y su sujeción al control de los poderes públicos en cuanto al respeto de los principios establecidos en la ley y de la buena actuación de los mediadores. En todo caso tendrán tal consideración *«las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades»*.

Parece evidente que el mediador puede operar sin estar incorporado a una institución de mediación, como parece deducirse con claridad del artículo 11, y, sobre todo, del 14, que permite desdoblarse la responsabilidad del mediador, y, en su caso, de la institución de mediación a la que pertenezca. Es más, le está vedado a las instituciones de mediación la prestación del servicio de mediación de forma directa, pues el fomento por ellas de la mediación se materializa a través del servicio que prestan los mediadores que actúen dentro de su ámbito (art. 5.1 Ley 5/2012).

Oponía, sin embargo, el Informe del CGPJ al Anteproyecto una apreciación que sigue siendo válida en contemplación de la Ley 5/2012.

Se afirmaba que la regulación no permite conocer cuál será la clase de vínculo jurídico de unión entre el mediador y la institución para la que trabaje –si es que trabaja sólo para una, lo que tampoco parece claro-.

Por último, el Informe del CGPJ formulaba un interrogante de importancia no menor: si las instituciones deben dedicarse exclusivamente a la finalidad de la mediación o pueden alternarla con otras.

Cabría así preguntarse, en atención al art. 5, si los Colegios profesionales, Cámaras de Comercio, Organismos públicos, u otros de semejante naturaleza, pueden dedicarse a la mediación en compatibilidad con sus funciones tradicionales propias.

Desde un principio se consideró que la respuesta debía ser positiva, pues el propio precepto abarca a las entidades públicas o privadas y las Corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines, aunque no sean los únicos, el impulso de la mediación.

Pero la razón definitiva viene motivada por el expreso hecho de que la Disposición final primera de la Ley 5/2012 modifica el art. 5, ñ) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y la Disposición final segunda el art. 2.1, i) de la derogada Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en ambos casos para incorporar entre los fines o funciones de las mismas el impulso y

desarrollo de la mediación y el arbitraje mercantil⁵⁸³.

Estas funciones han sido recogidas de nuevo en la reciente Ley 4/2014, de 1 de abril Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación⁵⁸⁴, de tal manera que su artículo 5. 3 párrafo final al fijar sus funciones de carácter público-administrativo dispone que *«también podrán desempeñar actividades de mediación, así como de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente»*.

El reglamento de desarrollo 980/2013, de 13 de diciembre, recoge la inscripción en el Registro de las Instituciones de Mediación en su sección 4ª, art. 20 en el que indica que podrán inscribirse las que tengan entre sus fines el impulso de la mediación regulada en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles, con independencia de su carácter público o privado, español o extranjero, incluidas las de carácter internacional, complementado por la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del mismo.

MARTIN DIZ⁵⁸⁵ considera imprescindible que se cree un Colegio Profesional de Mediadores, pues considera que la colegiación aportará seguridad y garantías al ciudadano y al propio sistema de la Administración de Justicia; del otro, considera que el ejercicio de la mediación admite varias formas: a título individual y privado como profesión liberal cuya actividad es regulada por la intervención de órganos públicos con competencias; como prestación de un servicio público en relación laboral o funcional perteneciente a una entidad pública, órgano o administración con competencias en la materia y en concurrencia –o no- con mediadores privados; y, ya sin valorar su condición pública o privada, integrándose en un equipo de mediadores, que sirva para lograr la colaboración interdisciplinar de profesionales provenientes de varias especialidades⁵⁸⁶.

⁵⁸³ El Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación puso inmediatamente en marcha el 6 de marzo de 2012 el Servicio cameral de mediación empresarial, iniciando el primer curso para formación de mediadores el mes de noviembre de 2012 dirigido por la Dra. Thelma Butts Griggs de la Ohio State University, consultor del American Bar Association (Colegio Nacional de Abogados de Estados Unidos), actualmente en el Comité científico del Foro Mundial de la Mediación.

⁵⁸⁴ En cuya Exposición de Motivos al enumerar sus funciones de carácter público que tienen plena relevancia constitucional por cuanto afectan al principio de eficacia de la actuación administrativa –colaboración de las organizaciones profesionales, formación y actividades de comercio exterior-, añade *«así como al arbitraje y la mediación como contribución a la fluidez de la tutela de los jueces y tribunales (art. 124 C.E.)»*, y todo ello siempre en la línea de la participación ciudadana que con carácter general reclama el art. 9.2 C.E., y más específicamente el art. 105.a) C.E.

⁵⁸⁵ *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. Premio Rafael Martínez Emperador 2009. CGPJ, págs. 199 a 205.

⁵⁸⁶ En todo caso, MARTIN DIZ, ob.cit, afirma que los equipos de mediadores deben cumplir con dos requisitos: el respeto al principio de individualización –que conlleva la asignación de un mediador, de entre los integrantes del equipo, al conflicto que se asume- y la necesidad de que

Como colofón habla de un modelo híbrido que compagina caracteres de todos: los centros de mediación, que tanto pueden ser impulsados por entidades privadas legalmente constituidas, como por entidades profesionales que presten servicios al ciudadano (v.gr. los colegios de abogados), como, en último término, las creadas directamente por entidades públicas e integradas por mediadores dependientes o contratados por las mismas.

4. El registro de mediadores

Como ya se indicó al tratar de la legislación autonómica sobre mediación familiar –a la que se añade la ley catalana 15/2009 y la cántabra 1/2011- las CCAA han creado sus propios registros de mediadores o de personas mediadoras, cuya inscripción sirve de condición para el ejercicio de la profesión.

En la ley catalana 15/2009 se otorga la facultad de inscribirse en el registro del colegio profesional al que se pertenezca o en una asociación profesional de mediación que se acredite ante el departamento autonómico competente en materia de derecho civil (art. 25).

Los colegios profesionales deben comunicar las inscripciones al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, que inscribirá a los profesionales en el Registro general de personas mediadoras en el ámbito familiar o en el de derecho privado o en los demás que correspondan.

Los profesionales que pertenezcan a una asociación pueden solicitar su inscripción también en el Registro general del citado Centro de Mediación.

No hace mención a la inscripción en un registro la Directiva, salvo que su art. 9 –titulado «*Información al público*»- llama a los Estados miembros a fomentar, por los medios que considere oportunos, el acceso del público en general, y en particular por Internet, a la información sobre la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que presten servicios de mediación.

En cierto modo, aunque alejada de la regulación sobre los registros, el art. 19.3 del Anteproyecto de 2010 trataba de incorporar al derecho interno el mandato del legislador europeo cuando expresaba que «*Las instituciones de mediación facilitarán, especialmente a través de Internet, información al público sobre los mediadores disponibles registrados en ellas y la forma de ponerse en contacto con los mismos y con las propias instituciones*», lo que fue criticado en el Informe del CGPJ (pág. 54), pues detectaba que mientras la Directiva insta a los Estados miembros a fomentar el acceso del ciudadano a la información sobre la mediación y los mediadores, el Anteproyecto encargaba tal función en exclusiva a las instituciones de mediación, con lo que se corría un doble riesgo: de un lado, que la información no sea homogénea ni centralizada; del otro, que fuera limitada a los mediadores que para ellas trabajen o en que en ellas estén registrados.

los mediadores integrados y el propio equipo de mediación estén efectivamente incorporados en los registros correspondientes

En consecuencia, el CGPJ indicaba lo que parecía idóneo y debiera ser incorporado en el proyecto de ley: que el público pudiera tener acceso telemático a los Registros de mediadores y de instituciones de mediación para conocer los datos necesarios para elegir al apropiado y ponerse en contacto con ellos. El proyecto de 2011 aceptaba y recogía esta recomendación en su art. 6.1, pues determinaba que el Registro de mediadores y de instituciones de mediación tendría carácter electrónico y su acceso procedería a través de su sede electrónica a los meros efectos de publicidad.

El Registro de mediadores y de instituciones de mediación se perfilaba en el art. 6 del Anteproyecto y del Proyecto. Lo relevante era que la gestión correspondiera al Ministerio de Justicia de forma integrada con los que pudieran crearse o existir en las CCAA, que sería público e incluiría información precisa sobre los mediadores e instituciones de mediación existentes en España y las incidencias sobre su funcionamiento, experiencia, formación y otras circunstancias que pudieran determinarse reglamentariamente.

El Informe del CGPJ al Anteproyecto, en fin, hacía hincapié en la necesidad de perfilar mejor la coexistencia del Registro estatal y los autonómicos, y, sobre todo, las condiciones que implicaran que la inscripción en el Registro autonómico supondría la inscripción autonómica en el estatal y las condiciones para ejercer en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando se encuentre inscrito en el Registro estatal pero no en el autonómico.

La Ley 5/2012 indica en su art. 5 que *«Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen»*. No obstante, no parece que haya atendido las observaciones que el CGPJ hacía a los textos prelegislativos antes indicados en orden a procurar el fácil acceso al público de los registros de mediadores y de las instituciones de mediación.

La cuestión ha sido resuelta por el RD 980/2013, de 13 de diciembre, que por vía reglamentaria en su Capítulo III (art.8 ss) crea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, en el que se facilitará la publicidad de los profesionales y las Instituciones de mediación, que consistirá en una base de datos informatizada a la que se accederá gratuitamente a través de la página web del Ministerio de Justicia.

Este registro constará de tres secciones: una dirigida a mediadores, otra centrada en los mediadores concursales y una tercera para las instituciones, en que sólo será obligatoria la inscripción de los mediadores concursales en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. La inscripción de los demás expertos será voluntaria y permitirá acreditar la condición de mediador, que habrá de coordinarse con los existentes en las Comunidades Autónomas (Disposición final octava Ley 5/2012), que como se ha dicho ha sido desarrollado por la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, que crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ BOE núm. 113 de 9 de mayo de 2014, con entrada en vigor al día siguiente.

3. Derechos y deberes del mediador

La necesidad de definir los derechos y obligaciones –con su eventual responsabilidad penal, civil y administrativa- del mediador es fundamento esencial de su estatuto jurídico. Su definición en las normas positivas varía en extensión y calidad jurídica.

1. Derechos: remuneración

Prescinde la Directiva de 21 de mayo de 2008 de definir un estatuto del mediador que determine los derechos y obligaciones que le son propias. Quizá como excepción, a la confidencialidad de la mediación le dedica uno de sus artículos, el 7 –ya comentado-, que permite deducir lo que para el mediador es tanto un derecho -en cuanto que no puede ser obligado a declarar sobre la información conocida en un proceso de mediación, salvo las excepciones legales previstas-, como un deber -pues queda obligado a guardar secreto sobre lo que haya conocido durante el proceso-.

El Anteproyecto y el Proyecto de ley también eran parcos. El propio Informe del CGPJ (pág. 46) al Anteproyecto expresaba lacónicamente que distaba mucho de contener un catálogo de derechos y obligaciones.

El art. 16 del Anteproyecto –titulado «*Derechos y obligaciones del mediador*»- y el 14.3 del Proyecto, concretaban solamente un derecho cierto: la oportunidad de que pudiera renunciar a la mediación, con la obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla. Ocurría, sin embargo, que no se enunciaban siquiera las razones, en otras partes del articulado, que pudieran permitir la renuncia.

Ello es precisamente lo que llevó al CGPJ en su Informe a la crítica: o se revisaba en tal sentido la dicción del precepto o se explicitaban las causas por las que el mediador pudiera renunciar al ejercicio de su función en una concreta mediación. Y a ella se añade otra recomendación: la oportunidad de que se incluya un precepto que compendie de forma exhaustiva los derechos y obligaciones del mediador, evitando, en la medida de lo posible, su dispersión por el articulado.

La legislación autonómica es dispar en la determinación de un elenco de derechos propios de la condición de mediador. No tiene la ley catalana 15/2009 un precepto dedicado a tal fin, sin perjuicio de normas dispersas de las que se infiere la atribución de derechos. Al contrario, la ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, sí que incluye en su artículo 28 un catálogo, no exhaustivo –pero sí suficiente-, de los derechos de la persona mediadora.

La norma más precisa en este sentido, porque trata de recopilar en un solo precepto un catálogo aproximado de derechos del mediador ya indicados en otras normas autonómicas, es el art. 9 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León, en cuanto que además de recordar los tres derechos que invariablemente se reproducen –a saber, el de participar, si se solicita su intervención, en un procedimiento de mediación familiar; el de dar por finalizada la mediación cuando considere, existiendo motivo o causa

justificada, de que no cumplirá o alcanzará sus objetivos; y el de percibir los honorarios y gastos que correspondan por su actuación profesional- incorpora otros complementarios como la actuación con libertad e independencia en el ejercicio de su actividad profesional, la obtención de las partes una información veraz y completa y el debido respeto a sus actuaciones, la capacidad de recibir asesoramiento de otro profesional o del equipo de personas mediadoras en el que se encuentre inscrito en el Registro -si se contempla esta modalidad- con respeto debido, en todo caso, al principio de confidencialidad, y, en fin, cualquier otro derecho que la ley o las normas de desarrollo establezcan.

La Ley 5/2012 no se hizo eco de tales propósitos, pues la Ley no definió con claridad los derechos y los deberes del mediador, pues más que los derechos el art. 13 define las obligaciones o deberes del mediador con las partes, a salvo de su apartado 3, que vuelve a indicar que:

«El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia», sin aclararse cuáles pueden ser las causas de la renuncia. La inseguridad jurídica puede reinar ante la inexistencia de un órgano que permita determinar si la renuncia obedece a una justa causa o se formula simplemente por motivos caprichosos.

La remuneración debida por su condición de profesional es correlato justo y apropiado de su actividad, salvo que la mediación se preste, como servicio público, por un organismo oficial a través mediadores que sean a su vez empleados públicos. Y la percepción de los honorarios y el reintegro de los gastos deberán hacerse con cargo a las partes, salvo que se haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita o en otro caso al beneficio de gratuidad de la mediación.

Y podría ampliarse, por lo menos, a un supuesto más: la primera sesión informativa a la que las partes hayan quedado convocadas en el supuesto de derivación judicial.

La remuneración del mediador, el derecho a la percepción de los honorarios debidos, se contempla en la legislación autonómica sobre mediación familiar. En concreto, sin ánimo de exhaustividad, de forma expresa se hace en:

El art. 15.c) de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que incluso determina que los colegios profesionales podrán establecer honorarios orientativos en función de la complejidad y duración de la mediación, sin perjuicio de los adecuados para los casos de mediación gratuita, de concreción reglamentaria.

El art. 8 la ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Valenciana, se expresa con claridad que, salvo pacto expreso y voluntario entre las partes, el mediador que no sea empleado público tiene derecho a una compensación económica u honorarios y al reintegro de los gastos, para cuya determinación se estará a las normas orientadoras del colegio profesional respectivo, o, en su defecto, a las tarifas establecidas por la Administración.

El art. 13.b) de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid.

El art. 21.b) de la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Asturias, que salvo los casos de mediación gratuita concede el derecho a la percepción de honorarios y reintegro de los gastos directamente de las partes.

También la ley catalana 15/2009 prevé, en su art. 27, los supuestos de concesión del beneficio de la gratuidad de la mediación -cuando se den las condiciones materiales establecidas por las normas reguladoras de la asistencia jurídica gratuita y a través de los órganos y procedimiento reglamentario adecuado- y la obligación de la partes de retribuir en otro caso al mediador sobre la base de las tarifas establecidas por el departamento competente en materia de derecho civil, si la mediación es gestionada por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, o por lo dispuesto por los colegios profesionales, ayuntamientos o entidades públicas, cuando éstas sean los organizadores de la mediación, en otro caso.

En el mismo sentido, la ley de Cantabria 1/2011, determina en su artículo 24 las situaciones que dan lugar a la gratuidad de la mediación.

Singularmente, el art. 28.4, entre los derechos de la persona mediadora que no sea empleada pública prevé el derecho a ser compensada económicamente o a obtener honorarios por su actuación y al reintegro de los gastos que se le hayan causado. Los honorarios deberán tomar como criterio orientador las tarifas establecidas por la Administración.

La Ley 5/2012 presupone el carácter o naturaleza retribuida de la actividad mediadora. Es más, conscientemente evita determinar cualquier clase de excepción, lo que resulta sumamente llamativo, pues parece profundamente inadecuado no definir la situación y supuestos, lo que finalmente se ha efectuado a través de su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, aunque la mediación debería ser gratuita por insuficiencia de recursos económicos de las partes, como hacen todas las regulaciones autonómicas y hacía tanto el Anteproyecto de 2010 como el Proyecto de 2011.

En relación con el coste de la mediación, el artículo 15 expresa literalmente que *«1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. 2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.*

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado», lo que se relaciona con los artículos 17.1 –el mediador deberá

informar a las partes en la primera sesión informativa del coste de la mediación- y 19.1.e) –en la primera sesión constitutiva deberá informarse del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y otros posibles gastos-⁵⁸⁸.

Debe volver a recordarse aquí lo que antes se dijo respecto de los equipos de personas mediadoras. Salvo que otra cosa se pactara de acuerdo al principio de voluntariedad, parece razonable la previsión contenida en el art. 12.4 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León, que expresamente determina que:

«Los miembros de cada equipo que presten apoyo a la persona mediadora del proceso no podrán exigir a las partes del procedimiento de mediación, emolumento o percepción alguna».

Es obligado, por otro lado, relacionar el coste de la mediación con las costas procesales. La Ley 5/2012 es muy parca en su determinación. Exclusivamente se prevé (Disposición final tercera) la reforma del art. 395.1.2º LEC para los supuestos de allanamiento, en que *«Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación».* Dado que el precepto trata de integrar los supuestos posibles de mala fe, allanarse a la demanda con el mismo objeto que el que constituyó el procedimiento de mediación previamente intentado constituye una conducta temeraria. No obstante, debería completarse la redacción para circunscribir el efecto pretendido a la mediación y al proceso con el mismo objeto, aunque, ciertamente, así parece que deberá ser interpretado.

No se explica razonablemente la ausencia en la norma en vigor de alguna otra previsión, en línea con lo sugerido previamente por el Anteproyecto y Proyecto de ley. Por lo menos en el primero de los textos se plantearon otras dos posibilidades, a saber:

a) En el art. 18.3 del Anteproyecto se indicaba que la condena en costas debía de abarcar el coste de la mediación que como procedimiento se haya intentado previamente⁵⁸⁹.

El Informe del CGPJ (págs. 74 y 75) consideraba que la solución era dudosa: de un lado, es objetable de acuerdo al principio de voluntariedad, pues si ambas partes asumen acudir a la mediación no debería existir razón para que se incorpore una suerte de sanción procesal posterior; del otro, porque tampoco se aprecia con claridad la posibilidad de inclusión dentro de los

⁵⁸⁸ ESPIN ALBA, I., «Coste de la mediación» en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. págs. 189 a 199, dir. GARCIA VILLALUENGA, I. y ROGEL VIDE, C. Instituto Complutense de Mediación y gestión de conflictos. Edit. Reus 2012.

⁵⁸⁹ En el mismo sentido critica el Informe del CGPJ la pretensión incorporada en el apartado 4 del mismo precepto cuando se pretende computar a la mediación como «costes de cobro» a los efectos del art. 8.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

conceptos a que se refiere el art. 241 LEC 1/2000 como gastos –el género- o costas –la especie- del proceso. Y todo ello se hacía una salvedad que dada la redacción de la Ley 5/2012 ya no sería de aplicación: los supuestos de mediación obligatoria que el propio Anteproyecto preveía -los juicios verbales por razón de la cuantía-, pues en tal caso sí nos encontraríamos ante un desembolso directa e inmediatamente relacionado con el proceso judicial contencioso.

b) En segundo término, al proyectarse en el Anteproyecto la reforma del art. 394.1 LEC 1/2000 (disposición final segunda, apartado 5) para la nueva redacción, que rezaría así: «*Cuando se hubiera iniciado un proceso declarativo, monitorio o de ejecución por incumplimiento de un acuerdo de mediación, en el supuesto de condena en costas a la parte que no se avino a su cumplimiento éstas incluirán el coste de aquel procedimiento*».

Su justificación es mucho más evidente. Así lo advierte el Informe del CGPJ, en contraposición a la norma anterior⁵⁹⁰.

Es lógico que el éxito de una mediación venga dada por la consecución de un acuerdo. Si se consigue y después una de las partes lo incumple, las costas del proceso posterior deberían integrar el coste del proceso de mediación precedente. No obstante, esta previsión no se mantuvo en la redacción del Proyecto de ley ni en la actual Ley 5/2012.

2. Deberes

Más allá de los deberes y obligaciones propios de la profesión de mediador, que desde luego quedan identificadas por la obligación de cumplir con las exigencias legales -v.gr. en el texto de la Ley 5/2010 ya se fijan como deberes la necesidad de contar con la titulación y formación específica para ejercer la mediación y la de contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (en los términos del art. 11) y las derivadas de su propia conducta, como la necesidad de que facilite la comunicación de las partes velando porque dispongan de la información y asesoramientos suficientes, la de desarrollar una conducta activa con el objetivo de lograr el acercamiento de las partes y leal a la hora de revelar las circunstancias que pudieran afectar a su imparcialidad o que puedan generar un conflicto de intereses (art. 13)⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ El CGPJ pese a reducir un 25,25% los gastos de altos cargos para 2015, incrementa en sus presupuestos las partidas para Mediación un 13,19%, de 70.680 € a 80.000 €, en consonancia con la resolución aprobada en mayo por el Congreso de los Diputados instando al CGPJ a impulsar la mediación intrajudicial en los Juzgados y Tribunales. LAWYERPRESS 18-07-14.

⁵⁹¹ En la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña, la inclusión del listado de deberes, sea de forma compendiada (art. 14) o dispersa (aunque se deducen del listado de hechos constitutivos de infracción administrativa, ex art. 30), es más extensa. De este modo, se fijan como deberes cuya omisión puede generar responsabilidad: la infracción de sus obligaciones de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad; el incumplimiento de deber de denunciar a las autoridades la existencia de datos que revelen la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio; el incumplimiento de los deberes de ejercer su función con lealtad y sometimiento a la ley, reglamento de desarrollo y normas deontológicas, así como de respetar los plazos fijados y de dar por acabada la mediación

Y, sobre todo, por su deber de confidencialidad –que puede generar su responsabilidad personal, como se indica en el art. 14-, es habitual que las normas que regulan la mediación dispongan de una serie de preceptos destinados a fijar la responsabilidad del mediador y de las instituciones de mediación⁵⁹².

El deber de cumplir con fidelidad su encargo, de desarrollarlo con arreglo a la diligencia profesional propia adecuada a la *lex artis*, contiene el reverso de constituirse en sujeto de una declaración de responsabilidad por los daños y perjuicios que causare (art. 14 Ley 5/2012), concediendo al perjudicado acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación –con independencia de las acciones de resarcimiento de ésta contra aquél-.

Sin embargo, se peca de ambigüedad en orden a tratar de determinar la relación entre el mediador y la institución. No obstante, todo parece indicar, a tenor de su relación con el art. 14, que la institución sólo será responsable cuando incumpla las obligaciones que le incumben o cuando el mediador incumplidor haya sido designado por ella.

No se detiene, en todo caso, la Ley 5/2012, como sí lo hacen las leyes autonómicas, a determinar, con mayor o menor precisión, los hechos constitutivos de infracción administrativa, los tipos de infracciones, las sanciones, el procedimiento, en su caso, y los órganos sancionadores y los recursos oportunos, es el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, el que regula las particularidades precisas del régimen sancionador de la profesión del mediador, dado que tiene perfiles de eminente interés público, con lo que podría considerarse que se culmina la definición de su estatuto jurídico.

3. Código ético

Deben recordarse algunas pautas o normas de contenido ético que deben guiar la actuación del mediador. Muchas han tenido acogida normativa; algunas no. Su formulación persigue creer en el propio carácter distintivo que debe tener la profesión del mediador frente a qué formación universitaria o al título de origen, pues no se trata con ello sino de establecer unas normas deontológicas propias de cualquier profesión reconocida⁵⁹³.

cuando concurra una causa que haga incompatible la continuidad del procedimiento con las prescripciones legales o cuando aprecie la falta de colaboración de las partes o su inutilidad; la de incumplir la obligación de iniciar la mediación en los plazos fijados reglamentariamente; la de incumplir la obligación de comunicar el resultado de la mediación al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, el deber de facilitar previamente las tarifas oficiales o incrementar su importe; y, en fin, el de abandonar el procedimiento de mediación sin causa justificada.

⁵⁹² Es reseñable el extenso elenco de deberes de la persona mediadora incorporado al art. 10 de la Ley de mediación familiar de Castilla y León.

⁵⁹³ No obstante, en materia de mediación familiar, se cuenta desde su aprobación el 5 de diciembre de 1998 con el Código de Deontología de la Mediación Familiar, adoptado por la A.P.M.F. (Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar), adoptado con el fin de

Para encontrar un catálogo apropiado nada mejor que asumir la propuesta que en tal sentido ha formulado BELLOSO MARTIN⁵⁹⁴, que clasifica las normas del siguiente modo:

1) Autonomía de la voluntad de las partes.

La mediación se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, debiendo el mediador centrar su actuación en esta premisa.

Las partes deben tener la libertad de administrar el proceso de mediación, de establecer diversos procedimientos y tomar sus propias decisiones durante o al final del proceso, ayudadas siempre por el mediador que, en todo caso, respetará esta autonomía de la voluntad.

2) Principios fundamentales.

El mediador pautará su conducta en los principios de imparcialidad, credibilidad, competencia, confidencialidad y diligencia.

3) El mediador frente a su nombramiento.

a) El mediador aceptará el cargo solamente si tuviera el propósito de actuar conforme a los principios fundamentales establecidos y las normas éticas, manteniendo íntegro el proceso de mediación.

b) Revelará, antes de aceptar su nominación, el interés o relación que pueda afectar a la imparcialidad, suscitar apariencia de parcialidad o quiebra de independencia para que las partes tengan elementos de valoración y decidan sobre su continuidad. En su caso, deberá abstenerse.

c) Valorará la aplicabilidad o no de la mediación al caso que se le presente.

4) El mediador frente a las partes.

La elección del mediador presupone una relación de confianza personalísima, solamente transferible por un motivo justo y con el consentimiento expreso de los mediados, y por tanto deberá:

a) Garantizar a las partes la posibilidad de entender y valorar las implicaciones y el desarrollo del proceso y de cada ítem negociado en las entrevistas preliminares.

b) Aclarar los honorarios, costes y forma de pago.

«garantizar la ética y las condiciones profesionales necesarias para el ejercicio de la mediación familiar».

⁵⁹⁴ *Una propuesta de Código ético de los mediadores.* Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, «Problemas actuales de la Filosofía del Derecho», Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), págs. 7 a 10.

- c) Utilizar la prudencia y la veracidad, absteniéndose de promesas y garantías con respecto a los resultados.
- d) Entrevistarse separadamente con una parte sólo cuando fuera imprescindible, dando conocimiento e igualdad de oportunidad a la otra.
- e) Explicar a una parte, al finalizar una sesión por separado, cuáles son los puntos sobre los que hay que guardar secreto y cuáles pueden ser puestos en conocimiento de la otra parte.
- f) Asegurarse de que las partes tengan voz y legitimidad en el proceso de mediación, garantizando así el equilibrio de poder entre ambas.
- g) Asegurarse de que las partes tengan suficiente información para valorar y decidir.
- h) Recomendar a las partes una revisión legal antes de suscribir el acuerdo de mediación.
- i) En ningún caso el mediador debe forzar a aceptar un acuerdo o a tomar decisiones por las partes.

Observar la restricción de no actuar como profesional contratado por alguna de las partes para tratar de ninguna cuestión que tenga relación con la materia mediada.

5) El mediador frente al proceso.

- a) Describir el proceso de mediación a las partes.
- b) Definir, con los mediados, todos los procedimientos relacionados con el proceso.
- c) Aclarar la confidencialidad.
- d) Asegurar la calidad del proceso, utilizando todas las técnicas disponibles capaces de llevar a buen puerto los objetivos de la mediación.
- e) Velar por el secreto de los procedimientos, incluso en lo concerniente al cuidado tomado por el equipo técnico en el manejo y archivo de los datos.
- f) Sugerir la búsqueda y/o participación de especialistas en la medida en que su presencia se haga necesaria para determinadas aclaraciones o para el mantenimiento de la ecuanimidad.
- g) Interrumpir el proceso frente a cualquier impedimento ético o legal.
- h) Suspender o finalizar la mediación cuando se considere que su continuación pueda perjudicar a cualquiera de los mediados o cuando hubiera una solicitud por las partes.
- i) Proporcionar a las partes, por escrito, las conclusiones de la mediación,

cuando se solicitara por las partes.

6) El mediador frente a la institución o entidad especializada o centro de Mediación. El mediador deberá:

a) Cooperar en la calidad de los servicios prestados por la institución o entidad especializada.

b) Mantener los patrones de calidad en la formación, actualización y especialización exigidos por la institución o entidad especializada.

c) Acatar las normas institucionales y éticas de la profesión.

d) Someterse al código y al consejo de ética de la institución, entidad o centro de mediación y comunicación de cualquier violación de sus normas.

CAPITULO SEGUNDO

I. EL CONCEPTO DE MEDIACION PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. El arbitraje de consumo y la mediación penal

Estos métodos alternativos al proceso para la resolución de controversias jurídicas, tienen un carácter potestativo para los interesados porque así se exige constitucionalmente y se desprende del obligado respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en ocasiones con un carácter público e intraprocesal, pues comportan la intervención de los mismos órganos y sujetos involucrados en el proceso ordinario y despliegan sus efectos en él; mientras que en otras, presuponen, eventualmente, la salida de la materia de la órbita de la Justicia oficial, a modo de «privatización» de esa función pública, que aparece en institutos como el arbitraje, cuyo desarrollo se «externaliza», encomendándose a instituciones públicas o privadas ajenas a los elementos que integran la Administración de la Justicia, sustituyendo al proceso, dada su equivalencia legal, con el oportuno respaldo oficial en su supuesta mayor accesibilidad, flexibilidad y eficacia para la resolución de determinadas materias en que el arbitraje de consumo es acaso la muestra más clara⁵⁹⁵.

Y lo cierto, es que se vienen produciendo numerosas solicitudes de arbitraje de consumo que han de ser inadmitidas a trámite al tratarse de cuestiones en las que concurren indicios racionales de delito, (generalmente estafas), dado que se encuentran expresamente excluidas del arbitraje (y en consecuencia de la mediación), por el art. 57.1 del R. D. Leg. 1/2000, 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 el art. 2.2 del R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, por lo que al ser planteadas, el Tribunal Arbitral las remite a las Fiscalías Superiores de las Comunidades Autónomas, las cuales incoan diligencias de investigación, que generalmente concluyen con la interposición de querrela o denuncia por el Ministerio Fiscal ante los Juzgados de Instrucción.

Porque aunque la mediación de consumo, como se viene diciendo, no está contemplada en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es en el RD 636/1993 de 3 de mayo, del Sistema de Arbitraje de Consumo, donde existe una primera referencia a la misma cuando señala que 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), y posteriormente el RD 231/2008, de 15 de febrero regulador del actual sistema

⁵⁹⁵ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás, «Justicia restaurativa y mediación penal», *Revista La Ley*, núm. 86, octubre de 2011.

Arbitral de Consumo, dedica a la mediación su art. 38, aunque también alude a la misma en otros preceptos, como los arts. 37.3 y 49.1.

En ellos 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»*, y dispone en el art. 38.2 que la mediación *«se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación»*.

Finalmente indica en la Exposición de Motivos que se abstiene de regularla *«por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia»*, por lo que la mediación de consumo venía careciendo de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico, laguna que ha pretendido cubrir el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en su art. 2 vuelve a repetir en sus apartados a) y d) que:

*«Quedaran excluidos en todo caso la mediación penal y la mediación en materia de consumo»*⁵⁹⁶.

Fue el RD 636/1993, el que introdujo entre las materias excluidas del arbitraje de consumo: *«2.2. d) Aquellas en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito»*, incluyendo nuevas exclusiones conforme a la Ley 26/1984 (art.31.1) que no contemplaba la antigua ley de arbitraje, lo que sigue en vigor tras la promulgación de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que en su art. 2.1, que dispone:

«1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho», al carecer las partes de poder de disposición sobre el ilícito penal, por ser el *ius puniendo* de titularidad estatal, lo que ha motivado que hayan quedado al margen del arbitraje y la mediación de consumo los delitos que se puedan cometer en materia de consumo, como son, por ejemplo, los delitos cometidos contra la salud pública (art. 359 y ss. CP) o las estafas (art. 248 y ss. CP).

Esta es la realidad actual, pero es muy probable que se produzca un profundo cambio de admitirse y regularse la mediación penal, lo que en consecuencia

⁵⁹⁶ Sin embargo, en alguna de las más recientes regulaciones autonómicas, dando un avanzado paso se incluye la mediación de consumo y la penal, que por tanto no queda excluida, como sucede en La Ley 1/2011, de 28 de marzo de Mediación de la Comunidad de Cantabria, que ya en su Preámbulo señala al respecto que: *«En esta misma línea, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, en un ámbito tan poco propicio al principio dispositivo de las partes, la institución de la conformidad, no sólo al inicio del juicio oral –artículo 787 de la Ley-, sino incluso durante la instrucción en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos –artículo 800 del mismo texto legal-, afectando el posible acuerdo no sólo a cuestiones civiles accesorias al delito sino también a la propia pena a imponer al condenado»*, excluyendo (art. 5.4.) de la mediación en la materia únicamente *«cualquier asunto en el que exista violencia o maltrato sobre la pareja o expareja, hijos o cualquier miembro de la familia o del grupo convivencial, cualquier tipología de la violencia de género, según referencia de la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de Abril, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la protección a sus Víctimas, violencia familiar y violencia del grupo convivencial o cualesquiera otras actuaciones que permitan presumir que el consentimiento para dicha mediación no será real y voluntario»*.

también afectaría al consumo, pues en palabras del profesor ZORRILLA⁵⁹⁷ «[...] la competitividad de organizaciones paralelas que ofrecen a los consumidores de justicia la seguridad de una eficaz y expeditiva solución de los conflictos cuya sustentación lenta y tardía constituye uno de los reparos hechos al ejercicio de la jurisdicción [...]», mediación que ya se viene produciendo con la colaboración de las Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Colegios de Abogados, como sistema complementario de la función jurisdiccional.

La mediación es definida por ALCALA-ZAMORA como un medio heterocompositivo de resolución de conflictos, con la intervención no provocada por las partes de un tercero imparcial que «se limita a proponer una solución, que los litigantes son dueños de aceptar, rechazar o modificar»⁵⁹⁸, en la que la actuación del mediador, al igual que la del órgano jurisdiccional, es rogada, toda vez que son las partes, ante su impotencia para resolver el conflicto, quienes acuden al tercero a fin de que les ayude a alcanzar un acuerdo o consenso, de carácter transaccional.

En la mediación se trata de crear un espacio de diálogo guiado, en el cual las partes pueden tratar el hecho delictivo y sus consecuencias. De esta forma, la mediación adquiere un papel decisivo, en cuanto es un mecanismo que busca respuestas positivas al conflicto, que forma parte de una concepción más humana de la Justicia penal y aporta nuevas respuestas a la demanda social de una justicia más útil para todos, menos retributiva y más cercana al ciudadano⁵⁹⁹.

Frente a la respuesta institucionalizada, la mediación penal es el instrumento propuesto por la llamada Justicia reparadora para la resolución de los conflictos sociales.

Se trata de restaurar el orden jurídico perturbado con el conflicto, y por ello se habla de la mediación como justicia restaurativa en la que se pretende establecer puentes de diálogo con el objetivo fundamental de crear una herramienta válida para conseguir una reparación más satisfactoria a las necesidades reales de la víctima, permitiendo al mismo tiempo al infractor, que repara, disfrutar de determinados beneficios jurídicos al asumir el desvalor de su acción, lo que contribuye a su efectiva reinserción y, en definitiva, a lograr la paz social.

Ello, teniendo en cuenta que, si bien el reproche penal no puede quedar, salvo en algunas infracciones, al arbitrio de la víctima, por lo que se impone la necesidad de poder ofrecer a la misma mayor intervención en la resolución del

⁵⁹⁷ ZORRILLA, M. M., *Influencia de las predilecciones ideológicas en el ejercicio ordinario de la jurisdicción*, Estudios Deusto, Bilbao 1991.

⁵⁹⁸ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México 1991, pág. 75 y ss.

⁵⁹⁹ BECCARIA, Cesare, en *De los delitos y las penas*, 1764, ya sostiene que lo verdaderamente importante no es imponer penas crueles y severas, sino efectivas.

que, con independencia del interés público, no deja de ser su conflicto, convirtiéndose en algo más que en un simple testigo, con un enfoque distinto a la respuesta tradicional, satisfactoria para todas las partes implicadas en el conflicto, lo que debe repercutir también en el plano del principio de oportunidad.

Con ello se viene a conseguir de forma más eficaz la función de la pena, en que la víctima considera reparados sus intereses legítimos, el autor de la infracción se responsabiliza de sus actos, constituyendo la mediación la forma más innovadora de abordar los problemas ligados a cierto tipo de criminalidad: la reparación, la restitución y en algunas ocasiones, la reconciliación, puede ser los valores de base de la acción penal, en que doctrinalmente se propone un modelo de mediación penal que parte de la voluntariedad en la participación de la víctima y del victimario.

De este modo ambos gozan de libertad tanto para iniciar la mediación como para poder abandonarlo en cualquier momento; la confidencialidad en su desarrollo, tanto respecto al mediador como a las partes; la neutralidad del mediador que ha de evitar que sus sentimientos influyan en el proceso y no puede tomar partido por ninguna de las partes; la gratuidad del procedimiento, que no debe suponer ningún tipo de coste para las partes, y su flexibilidad; y la bilateralidad, de modo que entre las partes no pueda existir una situación de dominio de una sobre la otra, debiendo velar el mediador por mantener la igualdad entre las mismas en todo momento, sin olvidar las exigencias de responsabilidad personal y equidad; la efectividad que exige que se produzca el cumplimiento de la prestación asumida por el infractor, o la universalidad que permite que la reparación pueda ser simbólica y prestacional, haciendo efectivo el principio de igualdad al impedir que la diferente capacidad económica constituya un criterio de exclusión.

La mediación penal, como vía alternativa para la solución de conflictos intersubjetivos parte de la justicia reparadora frente a los clásicos sistemas retribucionalistas con la pretensión de dar una utilidad social al proceso penal mediante el tratamiento del delito y sus consecuencias no solo desde este punto de vista tradicional, sino, a la vez, mediante el objetivo de conseguir la valorización y satisfacción de la víctima, cerrando de este modo el círculo del pleno restablecimiento del orden jurídico perturbado⁶⁰⁰.

Esta, la denominada justicia restaurativa (*restorative justice*) es considerada como una tercera vía, situada entre el modelo de la justicia retributiva y el de la justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. El primero de estos dos modelos pone el acento sobre los crímenes y su castigo, el segundo se concentra sobre la recuperación y la reintegración del delincuente.

La justicia restaurativa se interesa por el crimen, procurando conducir el delincuente a la asunción de la responsabilidad y de las consecuencias de sus acciones, así como del perjuicio (material o no) causado a la víctima, que en

⁶⁰⁰ CARMONA RUANO, Miguel, «Propuestas internacionales de reforma del proceso penal», en *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, Madrid 2006.

definición propuesta por FERREIRO BAAMONDE es:

«aquella persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo e indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o haya sufrido de algún modo daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas, o menoscabos sustanciales de sus derechos fundamentales, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos»⁶⁰¹.

El hecho de reconocer las consecuencias y el perjuicio hacia la víctima lleva a ésta a ser un copartícipe en la comunicación relativa a la reparación y a la restitución, son algunos de los trazos destacados de la mediación y de la justicia que doctrinalmente se denomina restaurativa, restitutiva o reparadora⁶⁰², y de su mano el derecho de alternativas, no recogida hasta el momento en la legislación procesal española, fuera del ámbito de la justicia de menores.

Con ello se disminuirían lo que en Criminología denomina grados de victimización, en que se encuentra la primaria, resultante del crimen, en que aparecen unos daños materiales, físicos y psicológicos, que producen un menoscabo físico, material o psicológico del ofendido, que también afecta al ámbito familiar y social.

La secundaria, que son los daños causados a la víctima derivados del mismo sistema penal y debido a las propias instituciones represoras del delito, al propio proceso y Administración de justicia que se ponen en marcha tras el hecho delictivo.

La terciaria, que es aquella que se produce por la reacción de ciertos órganos insertados en la sociedad y que, por sus funciones, están en contacto y en relación con la víctima como hospitales, escuelas, iglesias, etc.

Y finalmente la cuarta victimización, que surge por el etiquetamiento que la víctima sufre y que muchas veces se debe a la difusión que se ha dado al delito, que en los delitos estigmatizantes, es muy apreciable.

2. Los antecedentes de la Justicia restaurativa

La primera obra de compendio sobre los trabajos existentes hasta entonces, ZEHR, la tituló con el expresivo título «Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm» (1985) y, por si había duda de que representaba

⁶⁰¹ FERREIRO BAAMONDE, X, *La Víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2005,pag. 125.

⁶⁰² El Congreso quinquenal de la Comisión de Naciones Unidas aprobó en el año 2000 una «Propuesta preliminar de Declaración de los principios básicos sobre programas de justicia reparadora en asuntos criminales».

un nuevo enfoque, en 1990 escribió «Changing lenses», y fue en el Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest en 1993⁶⁰³, donde se promovió la expresión Justicia Restaurativa⁶⁰⁴ que pretende ser «Una de las tendencias que más claramente parecen percibirse en los últimos tiempos en relación con el papel asignado al poder judicial consiste precisamente en intentar favorecer el abandono de las fórmulas tradicionales de resolución de conflictos a fin de dar paso a nuevos sistemas que eviten los inconvenientes que trae consigo el ejercicio jurisdiccional de los derechos», lo que ha llevado a «la búsqueda de sistemas alternativos que eviten que los ciudadanos recurran a los tribunales para dirimir sus diferencias»⁶⁰⁵.

La mediación penal, denominada «justicia restaurativa, restauradora o reparadora», «restorative justice», nace de algunas actuaciones, como el denominado «Caso Elvira», en Kitchener⁶⁰⁶, Ontario (Canadá), que estableció el primer programa de Justicia Restaurativa denominado Programa de Reconciliación entre víctimas y ofensores⁶⁰⁷, así como las realizadas por el Minnesota Restitution Center o del Night Prosecution Program de Columbus, Ohio, el Institute for Mediation and Conflict Resolution (IMCR), de Nueva York desde 1970 en EE.UU., dentro de la categoría conocida como Alternative Dispute Resolution (ADR), y fruto de esta evolución se la promulgó en 2001 la Ley Uniforme de Mediación, donde se enuncian los principios generales que rigen esta materia, dejando a los Estados plena libertad para adaptarlos a su propia legislación. La Ley modelo ha sido ya acogida por Nebraska, Nueva Jersey, Illinois y Ohio.

En Canadá la mediación para adultos se regula en la sección 716 y ss. del «Código Penal» y 4 de la «Ley de justicia penal para jóvenes»; y en Nueva Zelanda, con la «Ley de Justicia Penal» de 1985 (sección 12 y ss) y la «Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias» de 1989 (secciones 208, 251, 264).

Desde 1984, se inicia en Inglaterra por el Forum for Initiatives of Reparation and Mediation, aunque en Inglaterra y Gales se encuentra regulada la mediación penal únicamente en la justicia de menores, respectivamente por la «Ley de Delitos y Desórdenes» de 1998 y, particularmente, la «Ley de Justicia de Menores y Prueba Penal» de 1999; y en Escocia la «Ley de Bienestar Infantil» de 1995.

⁶⁰³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación reparación y conciliación en el Derecho Penal*, editorial Comares, Granada, 2007, pág. 17.

⁶⁰⁴ GORDILLO SANTANA, Luís F., *La Justicia restaurativa y la Mediación Penal*, Iustel, 2007.

⁶⁰⁵ DAMIAN MORENO, Juan, en *El Derecho y su garantía jurisdiccional*, Editorial Reus, 2009.

⁶⁰⁶ En 1974 la primera Corte que ordenó una sentencia de Justicia Restaurativa fue dictada en Kitchener contra dos jóvenes que vandálicamente dañaron veintidós propiedades, restituyendo el daño causado gradualmente.

⁶⁰⁷ ZHER Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Intercouse PA, Good Books 2007.

También los Países Escandinavos, a pesar de que la mediación tenía hace ya tiempo gran difusión: Finlandia, donde la mediación penal no se institucionaliza hasta el 2006 de mano de la «Ley de Mediación en casos penales y algunos casos civiles»; Suecia, con la «Ley de Mediación en asuntos penales» de 2002, o Noruega, a través de la «Ley del Servicio Nacional de Mediación» de 1991.

En nuestro entorno, Alemania con las reformas operadas durante los años 90 en arts. 45.2 y 3 del «Código Penal de menores», y 153 (a).1, 1 y 5 de la «Ordenanza Procesal Penal», así como con el resto de modificaciones que alcanzaron a las normas sustantivas penales.

Francia, con la «Ley núm. 93-2, de 4 de enero, de 1993, de Reforma del Proceso Penal y posteriormente por la reforma introducida por la Ley de 16 de marzo de 2004, consiste, gracias a un mediador, en poner en presencia autor y víctima para llegar a un acuerdo sobre la reparación, pero también se intenta volver a restablecer un lazo y favorecer la no-reincidencia del delito, se concibió para las infracciones menos graves, violencias ligeras, robos de escasa importancia, o contenciosos de carácter familiar⁶⁰⁸.

Bélgica⁶⁰⁹, donde el Fiscal General inició el 1 de octubre de 1991 una experiencia de «mediación penal» en siete demarcaciones judiciales. La Ley de 10 de febrero de 1994, después del período experimental, ha establecido un procedimiento de mediación penal, que constituye otra forma de extinción condicional de la acción pública, y se aplica a delitos que aparezcan penas de prisión inferior a los dos años. Inglaterra y Gales, tan sólo la mediación penal en el marco de la justicia de menores se encuentra debidamente reglamentada, respectivamente por la «Ley de Delitos y Desórdenes» de 1998 y, particularmente, la «Ley de Justicia de Menores y Prueba Penal» de 1999; en Escocia la «Ley de Bienestar Infantil» de 1995, y por último Portugal, con la «Ley núm. 21/2007, de 12 de junio», que se da en los delitos perseguibles por denuncia o acusación particular siempre que sean contra las personas o contra el patrimonio y en que la pena a imponer no sea superior a cinco años de prisión.

Y otros muchos otros ordenamientos jurídicos como el de México, el Estado de Colima cuenta con el Centro Estatal de Justicia Alternativa desde el 25 de marzo de 2004, y desde la correspondiente Ley de agosto de 2003 se prevé la mediación penal como uno de los mecanismos de la Justicia Alternativa, junto a la conciliación y otros procedimientos no jurisdiccionales.

⁶⁰⁸ La composición penal la incluyó el Gobierno Francés en el Plan General para la lucha contra la violencia de género, lo que contrasta con la expresa prohibición de mediación impuesta en España por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.

⁶⁰⁹ La transacción la recoge el art. 216 bis Código de Enjuiciamiento Criminal Belga, y conlleva el archivo de la causa tras el ofrecimiento por parte del Ministerio Público, al autor que ha confesado los hechos, de no continuar con el procedimiento a cambio del pago de una cantidad económica.

Argentina, con una estructura también de carácter federal, el llamado Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de septiembre de 2004 introduce en su art. 41 la llamada conciliación o autocomposición que se da cuando el imputado y la víctima llegan a un acuerdo sobre la reparación del daño o resuelven el conflicto que generó la contravención, siempre que no resulte afectado el interés público o de terceros. Realizada en el seno del Ministerio Fiscal el Juez debe homologar los acuerdos declarando extinguida la acción penal. No la aprobará si tiene fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

En Chile se obtienen posibilidades legales de mediación penal a través de los arts. 241 y ss. del Código Procesal Penal del año 2002, que introducen la figura de los acuerdos reparatorios, inspirados en la justicia restauradora. Ubicados en el ámbito del Ministerio Público, necesitan aprobación judicial para comprobar que han sido tomados de forma libre y suficientemente informada y solo pueden alcanzar a delitos de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos.

En Colombia, el Código Procesal Penal de 2005 admite tres medios de justicia restaurativa la conciliación preprocesal (que se constituye como un requisito de procedibilidad de los delitos que precisan de querrela y que se realiza ante el Fiscal), la mediación (ante un mediador designado por el Fiscal General) y la llamada reparación integral.

Costa Rica, contempla la mediación penal en su Código Procesal Penal de 1996 y en el art. 25 prevé la posibilidad del imputado, cuando se den determinados requisitos, de solicitar la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad la suspensión del procedimiento a prueba ofreciendo un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que está dispuesto a cumplir. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

En España, la primera referencia expresa a la mediación penal en Libro Blanco sobre la Justicia, del Consejo General del Poder Judicial de 1997, (en que ya se mostró favorable a su establecimiento en la justicia de menores), y en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por los partidos políticos mayoritarios el 28 de mayo de 2001, para la agilización del proceso.

3. La normativa de la Unión Europea

En consecuencia, un importante sector doctrinal viene abogando por la implantación de la mediación prácticamente en todos los ámbitos del Derecho, que se articula en torno a los denominados medios alternativos de solución de controversias, que ya se ha expuesto de las Alternative Dispute Resolution (ADR).

En esta línea, el Consejo de Europa, por medio de diversas Recomendaciones, ha instado a los países miembros a promover la mediación en el ámbito penal, lo que permite hablar del necesario desarrollo legal en esta materia, singularmente en España, así como la conveniente armonización de las legislaciones comunitarias en el particular.

Las disposiciones más significativas o influyentes son: Recomendación (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Recomendación (85) 2, de 28 de junio de 1985, del Comité del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal, que da un amplio margen a la reparación y las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación; Recomendación (87) 21, de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, que alude expresamente a la mediación; Recomendación (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 septiembre, sobre la simplificación de la justicia penal, exhorta a los Estados miembros a que implanten el principio de oportunidad en sus ordenamientos internos estableciendo «la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecido por la ley»; Recomendación (99) 19 del Comité del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, donde se recoge el concepto de mediación; la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal celebrada en Viena, del 16 al 25 de abril de 2002, donde se hace un examen de la Justicia restaurativa y su papel en los sistemas de Justicia penal y la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo del 2001.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación R (99) 19, del Comité de Ministros, de 15 septiembre de 1999, sobre la mediación en materia penal, propone el uso de la mediación en los asuntos penales y recomienda a los Estados miembros que la incorporen a sus ordenamientos internos, definiendo la mediación penal como «*cualquier proceso que permite a la víctima y al reo participar activamente, si lo consintieran libremente, en la solución de las dificultades ocasionadas por el delito, con la ayuda de un tercero independiente (el mediador)*», en que la mediación constituiría un procedimiento en el que un tercero neutral intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes, que éstas acuerden una solución al conflicto que les enfrenta, que en el ámbito penal, habría de realizarse entre la víctima y el autor de la infracción, fuera del proceso penal con la finalidad que el autor repare el mal causado para satisfacción de la víctima siendo la autoridad judicial la que actué como mecanismo de garantía.

La Decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2001/220, de 15 de marzo⁶¹⁰, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece en su artículo 10 que «*los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*», añadiendo que «*velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas*», indicando su artículo 17, que los Estados miembros debían incorporar la previsión trascrita a sus ordenamientos a más

⁶¹⁰ DOUE L 82/1, de 22 de marzo de 2001

tardar el 22 de marzo de 2006, sin que transcurrido dicho plazo España lo haya incorporado con norma alguna⁶¹¹.

Esta Decisión define la mediación en causas penales como «*la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente*», de modo que pretende ser una respuesta al hecho delictivo, como alternativa a la estricta aplicación del proceso y el derecho sustantivo, en virtud de la cual la víctima y el responsable de la infracción, conducidos por un experto imparcial, participan voluntariamente en un proceso de diálogo con el objetivo de lograr una solución más justa y equilibrada desde la perspectiva de los intereses de las partes, en la que debe primar la efectiva reparación del daño y la verdadera reinserción del delincuente.

Los principios que deben informar el proceso los de voluntariedad, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad⁶¹², convirtiéndose la víctima en protagonista del proceso, al establecerse la oportunidad de que obtenga una reparación efectiva, no sólo en el plano económico, sino también en el moral y afectivo, facilitando al infractor su reintegración y rehabilitación, y a los tribunales una disminución de su carga de trabajo⁶¹³.

Consecuencia directa de la implicación del principio de la interpretación conforme recogido en el apartado cuadragésimo tercero de la STJUE, Pleno, de 16 de junio de 2005, núm. C-105/2003 (*caso Pupino*), que resuelve una cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de la Decisión Marco 2001/220 al decir que «Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión Marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b)», lo que supone una

⁶¹¹ El de 9 de julio de 2004 el Parlamento manifestó «que se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma».

⁶¹² RIOS MARTIN, Julián Carlos, «La mediación civil y penal. Dos años de experiencia. Conclusiones del curso sobre la alternativas a la judicialización de los conflictos dirigido a jueces de familia y penales», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, año 2007, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid 2008.

⁶¹³ Junto a la normativa europea existen otras regulaciones supranacionales como la Declaración de Las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985 sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del Abuso de poder; Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas privativas de libertad, aprobadas por la Resolución 45/110; Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre el desarrollo y aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho Penal; Resolución 2000/14, de 7 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva.

interpretación de las normas procesales vigentes tendente a favorecer esa pretendida fuerza vinculante de los acuerdos de mediación, en especial en aquellos aspectos que superaran el margen de actuación del monopolio de la represión penal⁶¹⁴.

La Recomendación (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio, recoge tres definiciones referidas a la víctima, la victimización repetida y la victimización secundaria: «*Al objeto de la presente recomendación. 1.1. Se entiende por víctima toda persona física que ha sufrido un perjuicio, incluyendo un ataque a su integridad física o mental, un daño moral o un perjuicio económico, causado por actos y omisiones que violen el Derecho penal de un Estado Miembro. El término de víctima incluye asimismo, llegado el caso, la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa. 1.2. Se entiende por victimización repetida la situación en la que una misma persona es víctima de más de una infracción penal en el curso de un periodo dado.*

1.3. Se entiende por victimización secundaria la victimización que resulta, no directamente del acto criminal, sino de la respuesta aportada a la víctima por las instituciones y los individuos».

Y se ocupa de la mediación en el punto 13 de su Anexo del modo que sigue: «*13.1. Teniendo en cuenta los beneficios potenciales de la mediación para las víctimas, los organismos oficiales, desde su intervención con éstas, deberán, cuando sea oportuno y cuando la mediación está prevista, considerar las posibilidades que presenta una mediación entre la víctima y el autor de la infracción, conforme a la Recomendación del Comité de Ministros N.º R (99) 19 sobre la mediación en materia penal. 13.2. El interés de las víctimas deberá ser considerado en su globalidad y con prudencia en el momento de la toma de la decisión de una mediación así como durante el proceso de mediación. Sería conveniente tener en cuenta debidamente no sólo los beneficios potenciales sino también los riesgos potenciales para la víctima. 13.3. En el caso donde la mediación ha sido considerada, los Estados deberán alentar la adopción de normas claras para proteger los intereses de las víctimas. Estas normas deberán referirse especialmente a la capacidad de las partes a dar su libre consentimiento, sobre las cuestiones de confidencialidad, sobre el acceso a una fuente independiente de información, sobre la posibilidad de retirarse del proceso en cualquier momento y sobre la competencia de los mediadores».*

Existiendo un amplio sector doctrinal que considera la idea de que la obligatoriedad jurídica de directivas y Decisiones Marco es idéntica, al considerar que el principio de interpretación conforme, que afectaría a la legislación nacional no adaptada a una Decisión Marco, salvo cuando ello exigiera una interpretación *contra legem* de la Ley nacional, podría prácticamente equipararse al efecto directo de las directivas⁶¹⁵.

⁶¹⁴ RODRIGUEZ LAINZ, José Luís, «Mediación penal y violencia de género», *Diario la Ley*, núm. 7557, enero 2011.

⁶¹⁵ MUÑOZ DE MORALES: «La aplicación del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco, ¿hacia el efecto directo? Especial referencia al caso Pupino», págs. 291 y

4. La mediación en el proceso penal español

Nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal data de 1882, y sus avances más significativos han estado predominantemente relacionados con el estatuto jurídico del imputado, en que el proceso penal no es sino la vía por la que se actualiza o cobra vida el Derecho Penal, que constituye el recurso último y de mayor contundencia con que cuenta el Ordenamiento para mantener la paz social, que por muy completo que sea desde el punto de vista de las garantías y derechos, no servirá de manera eficaz al fin expresado si no ofrece una respuesta rápida ante el hecho delictivo, que carecerá de sentido si no cuenta con una respuesta positiva y efectiva, tanto en el ámbito de la víctima como del delincuente.

Si hubiera que definir en tres palabras nuestro proceso penal desde el prisma de su coste y eficacia, habría de decirse, que es extremadamente lento y rígido debido a un mal entendido respeto al principio de legalidad, llevado a sus últimas consecuencias, pues salvo supuestos excepcionales, como los de los delitos privados, invariablemente ante la *notitia criminis* se debe iniciar el procedimiento con el único objeto de esclarecer los hechos y hacer uso, en su caso, del reproche penal.

El proceso penal, a diferencia del civil, se encuentra en los sistemas de corte continental sometido a los principios de legalidad, necesidad e indisponibilidad de la acción penal, con la única excepción de los delitos privados, perseguibles sólo a instancia del perjudicado, dado que el *ius puniendi*, se reserva al Estado, quien lo ejerce por medio de órganos propios, jueces y magistrados, bajo el principio «*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*», por lo que cualquier solución mediadora sería alegal, por lo que la mediación como justicia restauradora requiere un nuevo escenario procesal a través de la introducción de criterios de oportunidad que garantice la legalidad y jurisdiccionalidad de esta vía alternativa a la Justicia criminal, dado que el derecho penal constituye la *ultima ratio*.

Siendo ésta la regla general, es lo cierto que pueden existir otras a vías alternativas de solución de conflictos como la mediación, así como al principio de oportunidad, con los debidos mecanismos de control y garantías en cada caso, la respuesta del Estado ante el hecho delictivo sería más completa, más humana y, por qué no, también más eficaz⁶¹⁶, siendo lo cierto, que en ocasiones es posible tomar prestadas herramientas del sector privado que puedan ser útiles para racionalizar el sistema.

ss., en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, dirigido por ARROYO Y NIETO, Cuenca, 2007.

⁶¹⁶ DURBAN SICILIA, Luís, «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *Revista La Ley*, núm. 73, julio de 2010.

Como señalan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA⁶¹⁷, la mediación se desarrolla sobre tres ejes: la deslegalización, por la cual la ley ocupa un papel secundario en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión; la desjudicialización, lo que supone que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos estatales de justicia centralizada, y la desjuridificación en la que el Derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

Entre las posibles soluciones⁶¹⁸ es un principio incontestable que se hace preciso configurar un modelo alternativo al proceso penal, que abunda en varias direcciones:

a) mayor incidencia del principio de intervención mínima y despenalización de las pequeñas infracciones⁶¹⁹.

⁶¹⁷ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNANDEZ GARCIA S. J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documentos de trabajo de la Fundación Alternativas 110/2007, pág. 60.

⁶¹⁸ DEL RIO FERNANDEZ, Lorenzo, «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *Revista La Ley*, núm. 6520, julio de 2006.

⁶¹⁹ Como así ha sucedido con la LO 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015 que suprime las faltas del libro III. Unas se derivan a la vía administrativa, dentro de la Ley de Seguridad Ciudadana o a la vía civil y -otras pasan a ser consideradas delitos leves. Para los delitos leves el plazo de prescripción pasa de 6 meses a un año. En general, se imponen penas de multa, excepto en violencia de género que se prevén penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente. Sólo van a ser perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo en casos de violencia de género que no se exigirá denuncia previa. Las faltas se reconducen del siguiente modo:

Las faltas de lesiones: las de menor gravedad se sancionarán en el tipo atenuado del artículo 147.2 CP. Las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve se derivan hacia la vía civil en su modalidad de responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del CC. Este es el caso de la mayoría de los accidentes de tráfico, que se trasladan así a la jurisdicción civil. Sólo serán delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (*artículo 142.1 CP y 152.1 CP*), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (*artículo 142.2 y 152.2 del Código Penal*).

Se suprimen las faltas de abandono. Los supuestos graves de abandono a un menor desamparado o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección pueden subsumirse en el delito de omisión del deber de socorro.

Las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente se sancionan en el artículo 776 de la LEC.

Las amenazas y coacciones de carácter leve se sancionan como subtipo atenuado en cada uno de los respectivos delitos. Las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo en los casos de violencia de género, puede exigirse su reparación en la vía civil o mediante los actos de conciliación.

b) la sustitución del proceso penal por técnicas de mediación y conciliación entre el delincuente y la víctima, que propendan a la confrontación víctima/victimario, con la intervención de un mediador que sustituya la normal conclusión del actual sistema (la pena) por una serie de efectos, entre los que ostenta prioridad indiscutible la obtención de una satisfacción, económica o de otro tipo, para la víctima.

c) el principio de oportunidad en la acusación pública⁶²⁰, que se define como aquel en virtud del cual se atribuye al Ministerio Fiscal y/o al Juez la facultad de no ejercitar la acción penal o continuar el procedimiento, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor, concurriendo determinados requisitos o presupuestos legalmente establecidos⁶²¹.

a) Los Principios de legalidad, oficialidad y oportunidad

El principio de legalidad rige cuando al acusador público se le impone la obligación de iniciar y sostener el ejercicio de la acción penal (positivismo legalista) como con contadas excepciones sucede en nuestro proceso penal,

Las faltas contra el patrimonio se incorporan como nuevos tipos atenuados en los correspondientes delitos de referencia.

Las faltas contra los intereses generales: pasan a ser figuras atenuadas de delito los supuestos de uso de moneda falsa (*artículo 386 CP*) o la distribución o utilización de sellos de correos o efectos timbrados falsos (*artículo 389 CP*). El abandono de animales domésticos (*artículo 631.2 CP*) pasa a constituir un tipo atenuado del maltrato de animales del artículo 337 bis del Código Penal.

Las faltas contra el orden público (*arts. 633 a 637 CP*): los supuestos de alteraciones relevantes están ya castigados como delito, al igual que los supuestos de atentado, resistencia y desobediencia. Se deriva a la vía administrativa la realización de actividades sin seguro obligatorio.

Los delitos leves se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado juicio sobre delitos leves (es el anterior juicio de faltas con modificaciones para adecuarlo a la nueva categoría delictiva).

Se introduce un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal. (*Art. 963.1.1ª LECrim*).

⁶²⁰ Ya la Instrucción 6/1992 de la Fiscalía General del Estado decía que se hacía imprescindible considerar nuevas instituciones introducidas en otros países de nuestro entorno cultural que permiten suspender o truncar el proceso «mediante el llamado principio de oportunidad y el acuerdo entre la acusación y la defensa con el consentimiento del acusado, que permite, mediante la imposición de una pena reducida, llegar al reconocimiento de su culpabilidad», planteando medidas para garantizar la reparación del daño.

⁶²¹ JORGE MESAS, L.F. y GONZALEZ VIDOSA, F. «Mediación. Primera experiencia de adultos en España», *Revista del Poder Judicial* núm. 39, septiembre 1995. Las primeras experiencias se han realizado en Madrid, Pamplona, Sevilla, Zaragoza, Jaén, San Sebastián, Bilbao, Calatayud, Córdoba, Baracaldo y Vitoria.

mientras que el principio de oportunidad surge cuando, en determinadas circunstancias, se le permite abstenerse de iniciar o mantener dicha acción, que conllevaría cierta descongestión del sistema, fundamentalmente en la criminalidad menor, como ha sucedido con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, permite al Ministerio Fiscal desistir del ejercicio de la acción penal en atención a la reparación del daño causado a la víctima, pues priman intereses como el de reeducación, o en el derecho penal de adultos lo era en las faltas de naturaleza privada, perseguibles a instancia de parte (arts. 620 y 639) C.P.

O como requisito de procedibilidad, en las que el perdón del ofendido o el desistimiento en el ejercicio de la acción penal producen el sobreseimiento de la causa o la absolución, en que de alguna manera se está dando entrada al principio de oportunidad.

Nuestro sistema procesal penal se basa en el principio de oficialidad, entendiendo por éste una manifestación del principio de legalidad, que obliga a iniciar, sustanciar y terminar los procedimientos según lo dispuesto imperativamente en la Ley.

Esta obligación se manifiesta en el artículo 124 de la CE, que encomienda al Ministerio Fiscal «*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados*», siempre « [...] *conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad*», sin embargo es posible en nuestro sistema una mediación penal de carácter complementario, que no es contrario al monopolio de la función jurisdiccional⁶²² en el ámbito penal, pues serían los juzgados y tribunales quienes controlarían el desarrollo del proceso de mediación, con prevenciones procesales para garantizar la presunción de inocencia y los derechos procesales de las víctimas, tratándose de una institución amparada por el principio de oportunidad.

Y en este sentido se han producido unas propuestas concretas de grupos de trabajo⁶²³ creado por el Consejo General del Poder Judicial, que concluye proponiendo la posibilidad de sometimiento de la actuación del Ministerio Fiscal al principio de oportunidad en aquellos supuestos en que la mediación penal sea posible a través de la eventual renuncia a ejercitar la acusación en aplicación de tal principio.

Lo que generaba la posibilidad de finalización del proceso sin sentencia, mediante el sobreseimiento libre de la causa, respecto de los juicios de faltas en todo caso y, respecto de ciertas causas penales por delitos, proponiendo el límite de penas inferiores a las de un año de prisión; superados dichos límites, y tras encauzar el procedimiento a la vía del dictado de sentencia de

⁶²² GONZALEZ CANO, M.I., *La mediación penal para adultos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, pag. 27 y 27.

⁶²³ RIOS MARTIN, PASCUAL RODRIGUEZ, BIBIANO GUILLEN, *La mediación penal y penitenciaria*, Colex 2006.

conformidad, se proponen concretos beneficios penológicos o penitenciarios; la extensión del ámbito temporal de un posible acuerdo de mediación a todas las fases del proceso penal, desde la instrucción a la ejecución, pasando por el enjuiciamiento; posibilidad de paralización, que no suspensión, del proceso penal a los efectos de permitir el desarrollo del proceso de mediación; y sometimiento del proceso de mediación a los principios de voluntariedad, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad.

La mediación en el ámbito penal se configura como uno de los métodos más extendidos de Justicia restaurativa, pues supone crear un espacio en el que víctima y autor, con la intervención del mediador, tienen la oportunidad de tratar del hecho delictivo y participar activamente en la búsqueda de una respuesta que compense el daño producido y propicie un proceso de reflexión en el autor, que le permite tomar conciencia real del daño que su conducta ha ocasionado.

Según ROXIN⁶²⁴ «sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada -a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito», lo que hasta el momento, en nuestro sistema jurídico únicamente ha tenido reflejo en el derecho Penal de menores.

b) El Derecho Penal de Menores

En la Justicia Penal de Menores⁶²⁵, los principios del proceso en la Justicia Restaurativa sufren algunas modulaciones.

En particular, afectan a los principios de legalidad y publicidad, que, si bien no desaparecen, son complementados por los de oportunidad y confidencialidad, que al ser homologados por la autoridad judicial, puede ser pública.

En cumplimiento de lo previsto por el art. 19 del Código Penal de 1995 que establece que:

«Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

Así, se promulgó Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero por la que se regula la responsabilidad penal de los Menores que regula la responsabilidad penal de los menores y sanciona los hechos delictivos cometidos por jóvenes mayores de 14 y menores de 18 años, creando un Derecho penal juvenil especializado, con vocación no meramente punitiva sino orientada hacia la prevención especial, aplicando la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por la

⁶²⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal* Tomo I, Editorial Civitas, 1997, Madrid.

⁶²⁵ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, y De LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson-Aranzadi, 2007.

Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990⁶²⁶.

La Ley tiene particular interés la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima, que pueden dar lugar a la no incoación o al sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta.

Se da un mayor énfasis a la prevención especial y predominan los criterios educativos y resocializadores sobre los meramente punitivos y de defensa social, esencialmente basada en la prevención general.

El art. 19 recoge el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima en casos de delito menos grave. Según este artículo, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente en aquellos casos, sin violencia o intimidación graves, en que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado.

Y, el 3.º de dicho artículo adjudica al correspondiente equipo técnico las funciones de mediación entre el menor y la víctima y le asigna el mandato de informar al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su cumplimiento, adquiriendo un protagonismo decisivo al convertirse en el órgano de instrucción e investigación.

El Ministerio Fiscal, por tanto, asume totalmente la instrucción y en caso de conciliación o cumplimiento de los compromisos de reparación, da por concluida la investigación y solicita al Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con lo que se recoge por primera vez en España, el principio de oportunidad, en el art. 18, pues podrá no incoar el proceso si no se trata de delitos violentos, o desistir de la continuación del procedimiento incoado si el menor asume una conducta reparadora.

c) El Derecho Penal de Adultos

Como ya se ha dicho, en el derecho penal de adultos la mediación penal no existe *lege data*, y la única mención legal existente se encuentra en Ley 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, referido a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que se recoge expresamente en el art. 87 ter 1 LOPJ, apartado número cinco, que fue introducido por el art. 44.5 de la LO 1/2004, que afirma categóricamente, después de haberse enumerado sus competencias civiles y penales en los números 1, 2, 3 y 4, que «*en estos casos está vedada la mediación*», dado que el rechazo a admitir la mediación en los supuestos de violencia de género radica en entender que no existe el equilibrio indispensable entre las partes de la negociación que permita alcanzar un acuerdo y asumir compromisos.

⁶²⁶ POUIS DE LA FLOR, M.P. (coord.), *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor*, Dykinson, 2009 Uned

Pero lo cierto es que en la realidad práctica, la mediación en el ámbito de la violencia de género cuenta con dos instrumentos que facilitan una solución satisfactoria, como es la posibilidad de alcanzar una sentencia absolutoria dada la dispensa del deber de denunciar que recoge el art. 261 LECrim. o del deber de declarar en contra de pariente del art. 416.1 LECrim., reforzada tras el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 relativo a la interpretación del artículo meritado, con el siguiente texto:

«la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto, exceptuando: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso»⁶²⁷.

Por lo que de conformidad con el acuerdo referido, aun extinguido el vínculo o cesada la relación de convivencia, el ex cónyuge o ex pareja podrá acogerse a la dispensa siempre que el hecho objeto de investigación o enjuiciamiento se hubiere cometido con anterioridad a la disolución del matrimonio o antes de la ruptura de la convivencia, y no en el caso de que el hecho se hubiere cometido con posterioridad, posibilidad de la que quedarán excluidos aquellos testigos relacionados en el art. 416 de la LECrim. que en el momento de prestar declaración estén personados como acusación particular, siguiendo la pauta marcada por la STC 94/2010, de 15 de noviembre.

La prohibición de mediación en este ámbito viene generando cierto rechazo doctrinal, pues la mediación podría ser un buen remedio para flexibilizar la aplicación de esta controvertida ley especial⁶²⁸, y así se dijo en seminario sobre Mediación Penal celebrado en el CGPJ en Madrid en junio de 2005, que destaca en sus conclusiones que:

«Resulta, al menos sorprendente que la Ley Integral para la protección contra la violencia de género, prohíba expresamente la mediación penal en las infracciones que contempla, cuando, por un lado, la experiencia comparada nos sirve para afirmar que es en este tipo de conflictos en los que la mediación puede tener un mayor efecto reparador, y en segundo lugar, porque no puede

⁶²⁷ Esta interpretación supone un cambio sustancial en relación con los criterios mantenidos en la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/11 de 2 de noviembre, que en la conclusión duodécima, tras recordar que las relaciones de noviazgo no están incluida en la aplicación del art. 416.1 LECrim. establece que *«tampoco lo están las relaciones conyugales extinguidas por divorcio ni las relaciones de pareja de hecho cuando, en el momento de declarar, ya se ha producido la ruptura de la convivencia por voluntad propia»*, y en la conclusión decimotercera, que *«para poderse acoger a la dispensa del art. 416 de la LECrim. el vínculo familiar o de afectividad que una al imputado y víctima-testigo ha de concurrir en el momento en que es llamado a prestar declaración»*.

⁶²⁸ MANZANAREZ SAMANIEGO, José Luís, «La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español», *Revista La Ley*, núm. 7232, septiembre de 2009.

prohibir lo que no está regulado».

Y en el Curso organizado en la Escuela Judicial de Barcelona, en noviembre de 2006 por el Consejo General del Poder Judicial con la colaboración de la Fiscalía General del Estado se concluyó que:

«Se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho -siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes-, relaciones familiares, vecinales y derivadas de otro tipo de convivencia, como las que tienen lugar en las relaciones laborales, porque en dichas controversias intervienen personas que se conocen y existe un tejido humano y social que intentar reconstruir o resulta necesario, para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactorias».

En el coloquio Europeo sobre Mediación intrajudicial celebrado en Valencia en noviembre de 2007 y organizado por el Grupo Europeo de Magistrados por la mediación (GEMME)⁶²⁹ en que entre sus conclusiones se dice que *«la mediación constituye un procedimiento idóneo para la protección de las potenciales víctimas de violencia de género siempre que se den las circunstancias que aconsejen su empleo»*; o en el Seminario celebrado en Madrid en septiembre de 2007, bajo el título *«Justicia reparadora: mediación penal y su introducción en el Ordenamiento penal español»*, en que se califica de error que la LO 1/2004 excluya en todo caso la mediación en asuntos de violencia de género, por cuanto no siempre se da en los mismos una situación de desigualdad entre las partes.

La doctrina descarta la utilización de la mediación penal cuando lo que se le impute al agresor sea un delito de violencia habitual (art. 173.2 CP), pues en estos casos la víctima se encuentra sometida a una situación de permanente agresión, por lo que no puede existir un equilibrio de ambas partes, sino más bien de una situación permanente de dominación por el agresor que impide la eficacia de la mediación, al igual que en los delitos de lesiones graves (art. 148 CP) y amenazas graves (art. 169 CP).

Sin embargo en los delitos de maltrato (art. 153), amenazas leves (art. 171.4 CP), coacciones leves (art. 172.2 CP), si podría operar esta técnica con eficacia.

De esta manera el art. 87 Ter LOPJ, ha prohibido una cuestión que ni siquiera está regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico, generando una importante

⁶²⁹ El Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación es una asociación que tiene por finalidad promover y difundir, desde el ámbito de los propios tribunales de Justicia, y mediante la participación democrática de los ciudadanos, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y especialmente, la mediación. Se creó en Francia en el año 2004. Hoy está presente en 18 países, existen secciones en Alemania, Bélgica, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza y existen miembros asociados en gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania. La sección española se constituyó en el año 2007 y en la actualidad tiene más de 100 miembros, jueces, magistrados, fiscales, secretarios y mediadores siendo la sección más importante por número de afiliados.

controversia relativa a la aplicación de la mediación en estos delitos de violencia doméstica y de género.

Ello supone un desacierto pues la previsión del art. 44.5 LO 1/2004 prohíbe lo que ni siquiera está previsto en la ley, pues el legislador en aquel momento no podía pensar en prohibir la mediación penal, que era una institución que no estaba regulada⁶³⁰.

Por ello, es posible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil, toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil, pues precisamente, el ámbito doméstico es un medio indicado para la aplicación de esta forma de solución.

Por tanto, esta norma prohibitiva debiera ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador. La mediadora inglesa Lisa Parkinson divide el maltrato doméstico en 35 grados y solo en los 5 últimos grados esta desaconsejada la mediación.

Ello viene generando confusión respecto de si la prohibición lo es respecto de la mediación civil, o alcanza también a la mediación penal, dada su ubicación sistemática, existiendo un importante sector doctrinal⁶³¹ que considera que abarca al derecho de familia sometido a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y a la jurisdicción penal, como mantiene la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por el desbalance de poder existente entre ambas partes -maltratador y víctima-, sin considerar que todo resultado de la Justicia Restaurativa deberá ser ratificado por los Tribunales, pues no se trata de exonerar de la pena, sino que una vez reconocida su responsabilidad y reparado el mal causado, pueda reflexionar sobre su conducta.

II. AMBITO

En principio, la mediación pudiera ser aplicable a cualquier tipo de delito, sin embargo la mayoría de la doctrina defiende que la aplicación del principio de oportunidad debería quedar limitada al ámbito de la delincuencia de menor gravedad.

⁶³⁰ FABREGA RUIZ C.F. y HEREDIA PUENTE «La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia», en *Revista Bajo Estrados*, Jaén.

⁶³¹ SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Revista SEPIN*, PE-16 julio-agosto de 2005 (ref. SP/DOCT/2564).

Esto es lo que de alguna manera ha acontecido con los juicios rápidos instaurados por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, respecto de aquellos delitos que puedan ser sancionados con pena privativa de libertad con un máximo de cinco años, en que existe la opción que la de acudir al mecanismo procesal de la conformidad con la acusación o la presentación de escrito conjunto de acusación por acusaciones y defensa, lo que produce la sentencia de conformidad, habiendo existido un acuerdo alcanzado previamente conforme al art. 779.1.5 LECrim, que en los delitos de persecución pública exige un previo reconocimiento de los hechos.

Y que para los supuestos de que se alcancen ante el Juzgado de Instrucción, aporta el beneficio de la reducción de la pena en un tercio –conformidad premiada- como así lo dispone para las diligencias urgentes ante el Juzgado de guardia el art. 801 LECrim. para los delitos que lleven aparejada una pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años⁶³², lo que viene a suponer una mediación entre el acusado, su abogado defensor y el Ministerio Fiscal, que una vez conformes se lo proponen al juez, quien dicta la sentencia privilegiada con la reducción del tercio.

La institución procesal de la conformidad entre acusación pública o privada, acusado y abogado defensor, sirve para materializar un acuerdo entre las partes en que se ofrece una eficaz participación a la víctima, a la que se hace necesario escuchar previamente, gestión que debería hacer el Ministerio Fiscal, desde la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/05, que supone un nuevo modo de organización de la fiscalía que asume la responsabilidad de comunicar a la víctima el contenido de las acusaciones, la causa de la suspensión y la conformidad, de tal modo que si las partes alcanzasen un acuerdo en dicho proceso de mediación, podría ponerse fin al procedimiento penal, sin necesidad de celebrar el resto del proceso, lo que supondría una combinación de conformidad y mediación, en que el responsable, además se compromete a reparar las consecuencias producidas.

Las sentencias de conformidad, son contempladas en nuestra legislación para prácticamente todas las clases de procesos⁶³³ -con la excepción del ordinario por delitos graves, especiales y del jurado, aunque en este caso se estén produciendo, por no estar prohibidas- vienen demandando, una ley general de la conformidad en la que se contemplen sus requisitos, regulación, efectos, etc., pues en el derecho comparado, antes de dictarse la sentencia, son negociables, no sólo la duración de la pena, sino todos los demás pronunciamientos de la misma, como la suspensión de las penas privativas de libertad, el importe de la cuota de las multas, las cuantías indemnizatorias, el pago fraccionado, etc.

⁶³² « [...] el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia [...]», en esos casos el juez « [...] impondrá la solicitada reducida en un tercio».

⁶³³ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, «La mediación penal, una urgente necesidad», en *Economist & Jurist*, marzo 2010.

El Código Penal aprobado por la L.O. 10/95, de 23 de noviembre, ha sido el primer texto jurídico penal que ha introducido en España la reparación a la víctima como elemento generador de distintas consecuencias que pueden moderar la aplicación de la pena asignada al infractor adulto, por lo que puede considerarse que la Justicia restaurativa obtiene un reconocimiento textual explícito en la jurisdicción penal de adultos, a través de la reparación voluntaria, que puede ser facilitada por la mediación, que indirectamente cobra sentido legal como instrumento de la reparación.

SAEZ VALCARCEL⁶³⁴, mantiene que desde el punto de vista objetivo, la mediación es especialmente recomendable en los delitos contra el patrimonio - hurto, robo, estafa, apropiación indebida, robo y hurto de uso de vehículos a motor, daños-. Sin embargo, parece desaconsejable en los delitos contra el orden público (atentado, resistencia, desobediencia, o los delitos cometidos por los funcionarios públicos en ejercicio de su cargo), dada la protección del bien jurídico y la desigualdad de partes, y desde el de los sujetos, la derivación a mediación es aconsejable en los conflictos surgidos en las relaciones familiares como son los delitos de abandono de familia, dada su potencialidad restauradora del necesario diálogo entre los implicados⁶³⁵.

1. En el inicio del procedimiento

En los momentos previos o inmediatos al proceso, la mediación puede desarrollar un papel fundamental en los delitos perseguibles a instancia de parte donde el acuerdo obtenido en la mediación podría poner fin al procedimiento, siempre que el agraviado tenga la plena disponibilidad de la acción penal, y como se ha dicho podría ser de aplicación a los delitos que requieren la denuncia de la parte agraviada, como los relativos a prácticas in consentidas de reproducción asistida en una mujer (art. 161 CP); contra la libertad e indemnidad sexual (art. 191 CP); descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 CP), que incluye el perdón como causa de extinción de la pena o la acción penal; de calumnia o injuria (art. 215 CP), que igualmente admiten el perdón como causa de extinción de la pena o la acción penal (en los que el art. 804 LECrim.) exige como requisito para la presentación de querrela

⁶³⁴ SAEZ VALCARCEL, Ramón: «Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 111, año 2006, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid 2007.

⁶³⁵ En el derecho comparado coexisten dos sistemas: el de la gravedad del caso y el de un listado de delitos. Como ejemplo, en cuanto a la entidad de los hechos, predomina la decisión de aplicar la mediación a delitos no muy graves, como Colombia hasta 5 años de prisión; Eslovenia, hasta 3 años; Francia, pequeña delincuencia, sin embargo en Canadá se aplica a los delitos más graves, incluso a las agresiones sexuales o la tentativa de asesinato. El criterio cualitativo suele ser general con excepciones o taxativo. En el primer grupo se incluye El Salvador a todos los delitos o faltas excepto los que afecten a intereses difusos de la sociedad, o Alemania a todas las ofensas excepto aquellas en que no hay víctima individualizada como el tráfico de droga; en el segundo, Perú lo aplica a delitos contra el honor y daños imprudentes, o Kuwait a delitos contra la propiedad y amenazas. Portugal mantiene un sistema mixto: delitos sancionados con pena de hasta cinco años, excepto los delitos sexuales y aquellos en que la víctima es menor de 16 años.

por injuria o calumnia inferida a particulares el haber celebrado antes acto de conciliación.

El abandono de familia (art. 228 CP), los daños por imprudencia grave (art. 267 CP), que incluye el perdón como causa de extinción de la pena o la acción penal; los relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores (art. 287 CP), o los delitos societarios (art. 296 CP)⁶³⁶.

2. En la fase de instrucción y juicio oral

Durante el desarrollo del procedimiento, para todas las infracciones delictivas el acuerdo de reparación obtenido, y dado que la obligación de reparar los daños y perjuicios causados dispuesta en el art. 109 CP, comprende conforme al art. 110 CP: «*la restitución, la reparación del daño, la indemnización de los perjuicios materiales y morales*» tendrá la consecuencia jurídica directa de fundamentar la aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del CP:

«La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral» como atenuante simple o cualificada, con importantes efectos penológicos, especialmente, en los delitos relativos a la ordenación del territorio (art. 319 CP), a protección del patrimonio histórico (art. 321 CP), contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 CP) y los relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332), pues el art. 340 CP establece que *«si el culpable de cualquiera de estos delitos hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas»*, como forma de lograr la reparación del daño causado que integra la causa de atenuación específica en estos supuestos concretos. En estos casos puede entenderse que únicamente entra en juego esta atenuante especial que es de aplicación preferente y que sólo se aplica en los supuestos que regula.

Destaca SÁNCHEZ ALBORNOZ, refiriéndose al art. 21.5 CP que «este precepto tiene una indudable operatividad en el campo de la mediación penal, pues su amplia formulación no exige que la reparación sea únicamente de contenido económico, caben reparaciones morales o de cualquier otra índole. En definitiva se trata de que la víctima se sienta menos víctima»⁶³⁷.

⁶³⁶ El protocolo de funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial (SMI) que regula el procedimiento de mediación penal en la Comunidad Autónoma Vasca como expresión de Justicia Restaurativa de Junio de 2012, lo aplica a todas las infracciones penales con la excepción de de los tramitados por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer debido a la prohibición contenida en el art. 85. Ter. 5 de la LOPJ, y prevé su remisión desde todos los órganos de la jurisdicción penal (Juzgados de Instrucción, de lo Penal o Audiencias Provinciales) en cualquier momento procesal.

⁶³⁷ SANCHEZ ALBORNOZ, Carmen, «Sesión de trabajo sobre la mediación penal», CGPJ y Centro de Estudios de la Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000, pág. 15.

Por tanto, con carácter general, podrá valorarse ese espacio de mediación en los delitos, a la hora de la aplicación de la pena conforme a las reglas, del art. 66 CP que establece que:

«Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendiendo el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes».

Por ello, el esfuerzo que realiza el infractor por reparar el daño causado⁶³⁸ a consecuencia del delito, ha de ser valorado de forma muy positiva y por tanto, bajo esta perspectiva, la reparación voluntaria por parte del imputado puede considerarse como una atenuante muy cualificada⁶³⁹, que de no concurrir ninguna agravante, podría suponer, según esta regla del art. 66.1, la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley:

Con ello, una mediación finalizada con acuerdo de reparación, eficazmente cumplido por el imputado, podría suponerle una reducción considerable de la pena y, en algunos supuestos, la evitación de la pena de prisión que podría quedar en suspenso cuando la pena a imponer, con la reducción de la atenuante, no superase los dos años de prisión, o ser sustituida por otras penas.

Existe un amplio sector que propone la introducción de una nueva atenuante específica, como sucede en el Código Penal de Portugal con el siguiente contenido: «será causa de atenuación de la responsabilidad penal la conciliación víctima e infractor a través de un proceso de mediación.

La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse, con anterioridad al acto del juicio oral. La reparación puede entenderse suficiente, si

⁶³⁸ El Tribunal Supremo había incluido las reparaciones simbólicas, hasta la Sentencia 1006/2006 de 20 de octubre, que exigió terminantemente una «reparación real y verdadera, de forma que sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación», de modo que «la mera participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación»; o la STS de 11 de febrero de 2009 que señala que «la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado» (SSTS. de 18 de octubre de 1999, 4 de febrero y 21 de julio de 2000 y 24 de octubre de 2001). De forma muy restrictiva y entre otras, se ha admitido la atenuante de reparación simbólica en las SSTS. de 19 febrero 2001, 30 abril 2002, 9 junio, 3 de noviembre y 11 diciembre de 2009. El Protocolo de Mediación penal de la C.A.Vasca de junio de 2012, en el «Plan de Reparación», considera suficiente la reparación si así lo acuerdan las partes, la restitución, reparación, indemnización, prestación de servicios, realización de un voluntariado, tratamientos, petición de perdón, reconocimientos de hechos y otras que la practica de esta experiencia vaya dando y que sean consideradas como idóneas por Juez, Ministerio Fiscal, abogados y resto de las partes.

⁶³⁹ Sentencia de la AP de Valladolid, sec. 2ª, 149/2012, de 30 de abril, sobre la falsificación de certificado de obra y toma de razón, en que el reconocimiento de los hechos y la participación en una mediación penal intrajudicial con reparación de las consecuencias, hacen aplicable la atenuante como muy cualificada.

así lo acuerdan las partes, con la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que sean consideradas como idóneas por el Juez o Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes personadas».

a) La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

El art. 80 CP⁶⁴⁰ en su anterior redacción, al regular la suspensión de la pena dispone que «1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra este.

2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los jueces o tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.»

El art. 81 CP fijaba las condiciones necesarias para que se pueda proceder a la suspensión de la pena, que son: que el condenado haya delinquido por primera vez, para lo cual no tienen en cuenta las condenas anteriores por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 CP; que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas no supere los dos años; y «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles originadas», salvo que el Juez o el tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

Del mismo modo en la suspensión extraordinaria para penas privativas de libertad no superiores a cinco años del art. 87 del Código Penal, en la que la mediación puede servir al órgano jurisdiccional para valorar como acción positiva para determinar la voluntad del acusado de reparar el daño y/o abandonar la adicción, si ésta guarda relación con el delito.

b) La sustitución de las penas privativas de libertad

El art. 88.1 del CP⁶⁴¹ establecía que los jueces o tribunales podrán sustituir,

⁶⁴⁰ En redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal.

⁶⁴¹ La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, con entrada en vigor el 1 de Julio de 2015, respecto a la suspensión y sustitución de la pena (arts. 80 a 88, 90 a 94 bis) mantiene los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. Así, la sustitución de la pena pasa a ser una modalidad de suspensión en la que el Juez puede acordar la imposición (como sustitutiva) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

previa audiencia de las partes, las penas de prisión que no excedan de un año, por multa por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y «*en particular el esfuerzo para reparar el daño causado*», así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyendo cada día de prisión por dos cuotas multa o por una jornada de trabajo.

Añadiendo, que excepcionalmente podrán sustituirse por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar los fines de prevención y reinserción social, por lo que la valoración de la mediación para aplicar la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, es de especial relevancia cuando se acredite el singular esfuerzo efectuado para reparar el daño causado como exige la norma.

Únicamente se exceptúa de este beneficio a los delitos relacionados con la violencia de género, en que la pena de prisión únicamente podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima.

Con lo que la satisfacción de las responsabilidades civiles es uno de los requisitos para adoptar la suspensión o la sustitución de la pena, puede llevarse a cabo mediante mediación, posibilitando un acuerdo entre víctima e infractor.

En la nueva redacción dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el art. 80 y siguientes sobre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional, viene a denominarse suspensión condicionada

3. En la fase de ejecución

Para la concesión de permisos de salida (art. 47.2 LOGP), o la libertad condicional se requiere un pronóstico favorable de reinserción social que contempla la reparación del perjuicio (art. 91 CP y 72 LOGP), para lo que puede ser significativa la existencia o no de mediación y consiguiente intento de acercamiento del culpable.

Además, el párr. 2.º de dicho precepto, permite adelantar y conceder la libertad condicional, una vez extinguida la mitad de la condena, cuando el penado acredite, además de otras circunstancias, «*la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas*».

a) La libertad condicional

El art. 90 CP regula el régimen ordinario para la obtención de la libertad condicional señalando la necesidad de que concurren las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista, respecto a los sentenciados, pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, así como que no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por la Ley Orgánica Penitenciaria.

De este modo la reparación del daño, se convierte en condición para obtener la libertad condicional, por lo que la mediación entre la víctima y el penado, dirigida a acordar la satisfacción de la responsabilidad civil, habrá de aportar indudables beneficios, pues no se entenderá cumplida la circunstancia de buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social si no se ha satisfecho la responsabilidad civil⁶⁴².

b) La progresión de grado

El mismo papel habrá de tener la mediación para la progresión en el grado de cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues el art. 72.5 LOGP dispone que *«La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura [...]»*.

c) El indulto

Las normas para el ejercicio de la gracia de indulto permiten valorar el parecer de los perjudicados por el delito (art. 25 Ley de 18 de julio de 1870), cuyo fundamento se inspira en la no necesidad de la pena respecto a las personas rehabilitadas que hayan reparado los efectos del mal causado a la víctima,

⁶⁴²Tras la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la libertad condicional pasa a ser una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. El tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado periodo de tiempo. La regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable se recoge como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena. Se introduce un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional para los condenados por primera vez a penas de hasta 3 años con conducta irreprochable, que podrán acceder a la libertad condicional a mitad de la condena, frente a la 2/3 actuales.

aspecto favorable que se puede haber producido mediante un proceso previo de mediación, siendo condiciones para el indulto *que no causen perjuicio a tercera persona o que no lastime sus derechos*, así como que *haya sido oída la parte ofendida cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte* (artículo 15).

d) La cancelación de antecedentes penales

Finalmente, el artículo 136 del Código Penal, exigía en su anterior redacción como requisito indispensable «2.1º. *Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el Juez o tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada*», requisito que ha desaparecido en la nueva redacción dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

Por tanto la mediación pudiera ser viable desde el inicio del procedimiento, durante el cumplimiento de la pena, tanto para la progresión de grado como para la obtención de la libertad condicional, incluso para el indulto o la cancelación de antecedentes penales⁶⁴³.

III. PROTOCOLO DE INTERVENCION

La mediación ha de posibilitarse en todas las fases del proceso penal, tanto en la investigación como en la instrucción, en el enjuiciamiento y en la ejecución. A estos efectos, se elaboraron, unos protocolos de intervención por un grupo de juristas especializados compuesto por Ramón Sáez, Teresa Olavarría, Justino Zapatero, Esther Pascual, Julián Ríos, Carmen de la Fuente y María Jesús Raimunda⁶⁴⁴, que por su interés se transcriben a continuación:

⁶⁴³ El 17 de junio de 2013, se realizó un taller sobre mediación penal en el Centro de Estudios Jurídicos coordinado por la Fiscal coordinadora de Mediación en Madrid Rosa M^a Henar García orientado a la mediación como herramienta de justicia restaurativa, orientado a obtener conclusiones prácticas para dar soluciones a la eficacia de la misma en el sistema procesal penal.

⁶⁴⁴ RIOS MARTIN, Julián Carlos, «La mediación, instrumento de dialogo para la reducción de la violencia penal y penitenciaria». *La Ley Penal*, núm. 44, Sección Estudios, Diciembre 2007. En 2005 se formó un grupo de trabajo compuesto por el magistrado Ramón Sáez, los fiscales Justino Zapatero, Teresa Olavarría, Carmen de la Fuente, M.^a Jesús Raimunda y Félix Pantoja, la secretaria judicial Concepción Rodríguez Sáez y los abogados especializados en mediación Esther Pascual, Alfonso Bibiano, Julián Ríos y Rosa Garrido, miembros de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid constituida en 2004. Como consecuencia de varios encuentros se concluyó un primer protocolo de trabajo para la fase de enjuiciamiento a desarrollar en el juzgado de lo penal núm. 20 de Madrid, previo acuerdo con el Fiscal jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Manuel Moix-. Al tiempo, otro grupo de trabajo, formado por juristas y mediadores de Navarra, decidió iniciar el proyecto de mediación en la fase de instrucción y juicios de faltas. Este grupo de trabajo estaba formado por la Magistrada M.^a Paz Benito y varios letrados y mediadores que formaban la Asociación de

1. Mediación penal en la fase de instrucción

1.1. Fase de contacto

a) En el trámite de Diligencias previas

Incoadas diligencias previas de los arts. 774 y ss. de la LECrim. por el Juzgado de Instrucción, el Juez, con acuerdo del Ministerio Fiscal, podrá resolver someter el proceso a la mediación penal, en cuyo caso, en la primera declaración en calidad de persona imputada, se informará a ésta de forma sucinta por el/la Secretario/a Judicial de la posibilidad de someter el proceso a la mediación penal.

A estos efectos, en cuanto conste la designación de Letrado para la persona imputada, se informará a ésta igualmente de la posibilidad de la mediación, para lo cual, en aquellos casos en que se estime necesario, la persona imputada podrá entrevistarse de forma reservada con su Letrado, a fin de que le informe del proceso a seguir y de las consecuencias de la mediación. No obstante, también podría realizarse tal derivación en el momento de la incoación del procedimiento con identificación de los términos subjetivos de la mediación, en el sentido de esperar al momento procesal en que se ha producido el esclarecimiento de la naturaleza y circunstancias de los hechos, de manera que los mediadores puedan tener todos los datos en su poder para determinar el alcance de la restauración necesaria.

Mediación para la Pacificación de conflictos de Navarra -Eduardo Santos, Idoia, Izaskun Gartzaron, Manuel Ledesma, M.^a Paz Lecumberri, Lourdes Etxebarria-. Elaboraron un protocolo de intervención y, previo acuerdo con el Fiscal jefe del Tribunal Superior de Navarra Javier Muñoz y del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, comenzaron la experiencia en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Pamplona. A su vez, en Madrid, se decidió iniciar la experiencia en la fase de instrucción y enjuiciamiento de faltas; se hizo en dos juzgados de instrucción, el 32 y el 47, cuyos magistrados Santiago Torres y José Díaz, elaboraron junto a los fiscales ya referidos, y César Estirado, un protocolo de intervención partiendo de los trabajos previos de Navarra. Comenzaron la experiencia en septiembre de 2006. En enero de 2007 se inició la experiencia en la fase de ejecución gracias al apoyo de la magistrada M.^a Jesús Coronado Buitrago, titular del juzgado de ejecuciones 4 de Madrid y las fiscales María de la O Silva Fernández y Beatriz Sánchez Álvarez. En enero de 2007, M.^a Auxiliadora Chavarri, Magistrada del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Sevilla, junto a la Asociación de mediación de Sevilla -Amedi- y los mediadores José Castilla Jiménez y M.^a José González, y las fiscales Margarita Viera Díez y M.^a José Segarra, decidieron comenzar esta experiencia en la fase de instrucción y en el juicio de faltas. Asimismo, en noviembre de 2006, la titular del Juzgado de Instrucción 2 de Calatayud, Amaya Olivas y la del Juzgado de Instrucción 4 de Zaragoza, M.^a Soledad Alejandre, junto con el Fiscal jefe de Zaragoza, también comenzaron a trabajar en esta experiencia con los mediadores de la asociación ¿Hablamos? Carlos Piñeyro, Pablo Jiménez, Carmen Ferrero, Amparo Salanova, Sonia Trigo y Susana Valimaña. En enero de 2007, la magistrado titular del Juzgado de lo penal 3 de Jaén, M.^a Fernanda García Pérez, junto a los fiscales Cristóbal Fábrega y, con la autorización del fiscal Jefe, José María Casado, iniciaron la experiencia. En abril de 2007, el titular del Juzgado de Instrucción n. 1 de Bilbao Pablo Ruz, junto a la fiscal titular de su juzgado, y los mediadores de la Pastoral penitenciaria, elaboraron el protocolo de actuación y comienzan la experiencia en octubre de 2007; de la misma manera actuó la titular del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vitoria. En junio de 2007 se comenzó a trabajar los órganos jurisdiccionales penales de Baracaldo con un equipo de mediación del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco.

Esto es, al momento procesal inmediato anterior al dictado del auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado.

En todo caso, la mediación deberá ser acordada por el Juez de instrucción, previo acuerdo del Ministerio Fiscal, dado que los acuerdos alcanzados por las partes sobre la reparación del daño podrán valorarse a los efectos de una atenuación de la responsabilidad penal. Todo ello sin perjuicio de que, en cualquier momento de la tramitación de las Diligencias Previas, el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, de la víctima, persona imputada o de sus representantes legales, pueda resolver someter el procedimiento a la mediación.

Si la persona imputada y su Letrado expresan una buena disposición inicial hacia la mediación, se pone en conocimiento del Servicio de Mediación para el inicio del proceso. El Secretario Judicial elaborará y remitirá al citado Servicio un expediente con los siguientes datos, si constaren:

Copia de la denuncia, copia de las declaraciones, copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.

Todo ello sin perjuicio de su remisión posterior, si fueren practicados con posterioridad al traslado del expediente.

El Juzgado, a instancia de cualquiera de las partes, enviará una providencia a la persona acusada y a la víctima, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación y que los profesionales encargados de realizarla se pondrán en contacto con ellos.

El contacto con ambas partes por parte del Equipo de mediación será telefónico, exponiendo con claridad en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento, al menos parcial, de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede), y las consecuencias (reparación del daño, reconocimiento de hechos, apreciación de atenuante). Ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad a participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión del menor.

El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada. El plazo de contestación definitiva acerca de la voluntad de participar en la mediación será de 7 días desde la información por parte del Juzgado y subsiguiente llamada de los profesionales mediadores, sin perjuicio de que, en atención a las circunstancias del caso, número de víctimas o personas imputadas implicadas o complejidad del asunto, sea preciso dilatar

dicho plazo.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona imputada manifestase su intención de hacerlo, el equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste (voluntad de reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos penológicos que correspondan, sin que ello suponga en ningún caso menoscabo de su derecho a la defensa.

En caso de que ambas partes presten su consentimiento informado para la mediación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, permitirá que se pueda realizar el proceso de mediación con anterioridad a dictar Auto de Procedimiento Abreviado (art. 780 de la LECrim) o de transformación en juicio de faltas (art. 779 de la LECrim.), a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

b) En el Juicio de delitos leves (antes faltas)

Si el Juzgado hubiera incoado juicio, o se hubiese dictado Auto de transformación en delitos leves, a la vista de la naturaleza de los hechos, corresponderá al Juez, con acuerdo del Ministerio Público, someter la cuestión al proceso de mediación. Sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlo por sí o por medio de su Letrado. La derivación a mediación en juicios ⁶⁴⁵se produce con la admisión a trámite e incoación del procedimiento, siempre que estén identificadas las partes de manera que los mediadores puedan ponerse en contacto con los mismos.

Si la persona denunciada y, en su caso, su Letrado mostrasen su buena disposición inicial a la mediación, se procederá de forma semejante al trámite de Diligencias Previas, debiendo el Secretario Judicial poner en conocimiento del Equipo de mediación el inicio del proceso, para lo cual se remitirá un expediente aportando copia de los siguientes documentos: copia de la denuncia, copia de las declaraciones, si constaren, copia de los informes periciales que obren en autos.

El Juzgado dictará providencia comunicando a las partes el sometimiento del proceso a la mediación y la intervención del Equipo de mediación a tales efectos.

El plazo para la prestación definitiva del consentimiento informado para la mediación será igualmente de siete días, contados desde la información del Juzgado y llamada del equipo de mediación.

Si la parte denunciante, o alguna de las partes, en los supuestos de denuncias cruzadas, no mostrare su acuerdo con la mediación, el equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por la otra parte (voluntad de

⁶⁴⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la L.O. 1/2015.

reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos penológicos que correspondan. En ningún caso podrá suponer un menoscabo del derecho a la defensa.

El Juzgado de Instrucción, a fin de facilitar el proceso de mediación y dentro de los plazos legalmente establecidos, a fin de impedir la prescripción del delito, dilatará el señalamiento para acto de juicio en espera de la finalización del proceso.

1.2. Fase de acogida

Esta fase se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. Se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones del mediador (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial.

En estas entrevistas individuales el equipo de mediación podrá conocer de las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso. La persona mediadora deberá conocer de la persona acusada su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado, con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

El equipo de mediación, cuando lo considere necesario, ofrecerá información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia. Asimismo, con el consentimiento de la persona afectada, podrá recabar de dichos Servicios información útil al procedimiento de mediación.

1.3. Fase de encuentro dialogado

Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la persona mediadora lo considera posible, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas.

Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión,

asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas.

1.4. Fase de acuerdo

Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el acuerdo de reparación, que llevará implícito un «*Plan de reparación*». En caso que se concluya sin acuerdo, el equipo de mediación informará de esta circunstancia al Juzgado, respetando la confidencialidad de lo tratado.

El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y otros aspectos fundamentales, se firmará por las partes y por los representantes legales de alguna de ellas, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Instrucción.

a) En el trámite de Diligencias Previas

Remitido el acta de acuerdo, y si se hubiese finalizado la práctica de diligencias informativas necesarias, el Juzgado de Instrucción dictará Auto de Procedimiento Abreviado, con traslado a las partes a fin de que procedan conforme al art. 780 de la LECrim.

En caso de formular escrito de acusación, y a fin de valorar penológicamente el acuerdo alcanzado, podrá plantearse por el Ministerio Público, por el Letrado de la defensa y de la acusación particular, en su caso, que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECrim., bien mostrando la defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o redactando nuevo escrito conjunto de calificación en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

b) Juicio de delitos leves (antes faltas)

Finalizada la mediación, el Juzgado de Instrucción señalará fecha para el acto de juicio, pudiendo la persona denunciante o denunciada ejercitar su derecho a no acudir al mismo.

A instancia del Ministerio Fiscal, y sin perjuicio de la incorporación del acta de acuerdo como prueba documental del procedimiento, podrá comparecer la persona mediadora a fin de dar cuenta de la mediación llevada a cabo.

A los efectos de la calificación de los hechos y de la pena a imponer, se valorará el acuerdo alcanzado.

En la agenda de señalamientos de Juicios de delitos leves, los Juzgados de Instrucción procurarán la celebración acumulada de los procesos con mediación, a fin de facilitar la organización del trabajo del Ministerio Público y del Equipo de mediación.

1.5. Plazo para la realización de la mediación

El plazo para la realización de la mediación, tanto en las Diligencias Previas como en el Juicio de Faltas, será de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el/la Juez puede ampliar el plazo, a petición del Equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

1.6. Fase de comparecencia de conformidad y juicio

a) Ante el Juzgado o Tribunal sentenciador

Si existe acuerdo o conformidad entre las partes, se abrirá juicio oral y se enviarán los Autos al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento que corresponda.

En caso de acuerdo y conformidad se dará traslado de los escritos de calificación de conformidad al Juzgado de lo Penal que corresponda, conforme a lo dispuesto en el art. 787 de la LECrim. A tales efectos, podrá solicitarse, por cualquiera de las partes, la ratificación previa del acuerdo por el equipo de mediación en el acto de juicio.

Todo ello sin perjuicio de que la conformidad pueda alcanzarse en el mismo acto del juicio oral, con carácter previo a la práctica de la prueba. El Juez, en su caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto el Fiscal como el abogado defensor otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda.

b) Ante el Juzgado de Instrucción

Cabe la no comparecencia voluntaria o la celebración con asistencia de los mediadores.

1.7. Fase de reparación o ejecución de acuerdos

La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el «plan de reparación» que el Juez podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito -art. 110 CP -. Queda a disponibilidad de las partes considerar reparado el daño con el simple desarrollo del encuentro dialogado, restitución, reparación del daño, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos u otras formas semejantes.

En los procedimientos abreviados, la reparación del daño deberá concluirse con carácter previo a la formulación del escrito de conclusiones provisionales, a los efectos de su valoración efectiva como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. Ahora bien, dicho requisito puede quedar a disposición, dentro de los límites legales, del Ministerio Público y de las partes.

Este mismo criterio se aplicará a los Juicios de delitos leves, donde la reparación del daño deberá ser previa a la celebración del juicio, sin perjuicio de los acuerdos que se puedan alcanzar en otro sentido y que no supongan

conculcación de derechos.

1.8. Fase de seguimiento

El seguimiento de la reparación se efectuará, en primer término, a través del Juzgado de Instrucción competente, quien podrá en todo momento solicitar informes al equipo de mediación sobre el estado del procedimiento, el cumplimiento y ejecución del Plan de reparación.

En el supuesto de Procedimiento Abreviado, el seguimiento por el Juzgado de Instrucción se dirigirá a comprobar el efectivo cumplimiento de los acuerdos alcanzados, ejecución que ha de ser anterior al escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, a fin de que en el mismo se recoja la atenuación que corresponda, en atención a la mediación alcanzada y a la reparación del daño satisfecha.

Ello no obstante, en caso de que las acusaciones y la defensa hubieran pospuesto la ejecución total o parcial del acuerdo a la fase de ejecución de sentencia, corresponderá al Juzgado de lo Penal competente para la ejecución el seguimiento de dicho acuerdo de reparación.

En el supuesto de Juicio de delitos leves, corresponderá al Juzgado de Instrucción el seguimiento del Plan de reparación acordado por las partes y la ejecución de la sentencia en los términos que se establezcan.

2. Mediación penal en la fase de enjuiciamiento

2.1. Inicio del proceso de mediación

Esta fase se inicia una vez las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento conforme al art. 785 de la LECrim. Si, examinadas las actuaciones, el Juez o el Tribunal, con acuerdo del Ministerio Fiscal, valorase la conveniencia de someter el proceso a mediación en la fase de enjuiciamiento, el Secretario judicial realizará una llamada al abogado defensor para informarle de que su caso ha sido seleccionado para un procedimiento de mediación. El objetivo de la llamada es detectar obstáculos y generar confianza en el abogado.

Ello no obstante, si cualquiera de las partes del proceso, ya sea la persona autora del hecho, su representación legal o el Ministerio Público considerasen oportuno someter el proceso a mediación en esta fase, lo pondrán en conocimiento del Juez o Tribunal, quien, con acuerdo del Ministerio Fiscal, valorará la conveniencia de la mediación. Si éste se opone la causa seguirá el proceso ordinario para el señalamiento del juicio oral.

2.2. Contacto con la persona acusada y su abogado/a defensor/a

Una vez que el Juez o Tribunal, con acuerdo del Ministerio Fiscal, haya valorado la conveniencia de someter el proceso a mediación, el Secretario

Judicial realizará una llamada al abogado defensor para informarle de que su caso ha sido seleccionado para una experiencia de mediación. El objetivo de la llamada es detectar obstáculos y generar confianza en el letrado.

Si el abogado expresara una buena disposición inicial hacia la mediación, se pondrá en conocimiento del equipo de mediación para el inicio del proceso. El Secretario judicial elaborará y remitirá al Equipo de Mediación un expediente con los siguientes datos: copia de la denuncia, copia de las declaraciones, copia del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, copia del escrito de defensa, copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.

El Juzgado o el Tribunal, a instancia de cualquiera de las partes, dictará una providencia de derivación de la causa al proceso de mediación y la enviará a la persona acusada y a la víctima, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación y que los profesionales encargados de realizar la mediación se pondrán en contacto con ellos.

El contacto con ambas partes por parte del equipo de mediación será telefónico y con una carta explicativa, en la que se expondrá claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento, al menos parcial, de los hechos), proceso (entrevistas personales, con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede) y las consecuencias (reparación del daño, reconocimiento de hechos, apreciación de atenuante).

Ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad para participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

El plazo de contestación definitiva acerca de la participación en la mediación será de 15 días desde la notificación de la providencia judicial. Si la contestación es negativa por cualquiera de las dos partes, se documentará la misma y por el Juzgado se dictará providencia haciendo constar el seguimiento de la causa por los cauces ordinarios para el señalamiento de juicio oral, notificándose la misma al Ministerio Fiscal, a las partes y al equipo de mediación.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona acusada manifestase su intención de hacerlo, el equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste (voluntad de reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos penológicos que correspondan.

En ningún caso podrá suponer un menoscabo del derecho a la defensa.

Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión de la persona menor de edad.

El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

2.3. Fase de acogida

Esta fase se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en mantener una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. Se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones de la persona mediadora (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial.

En estas entrevistas individuales el equipo de mediación podrá conocer de las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso.

La persona mediadora deberá conocer de la persona acusada su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basada en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

El equipo de mediación, cuando lo considere necesario, ofrecerá información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia. Asimismo, con el consentimiento de la persona afectada, podrá recabar de dichos Servicios información útil al procedimiento de mediación.

2.4. Fase de encuentro dialogado

Esta fase consistirá en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desearan y el mediador lo considerase posible, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas.

Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las

partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas.

2.5. Fase de acuerdo

Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el acuerdo de reparación, que llevará implícito un «*plan de reparación*». En caso que se concluya sin acuerdo, el equipo de mediación informaría de esta circunstancia al Juzgado o al Tribunal pero respetando la confidencialidad de lo tratado. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y aspectos fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, y al Juzgado de lo penal, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación. El mediador interviniente ratificará dicho acuerdo a presencia judicial al presentar el mismo ante el Juzgado.

La víctima podrá ratificar judicialmente el acuerdo de mediación si la misma lo solicita y siempre que no sea necesaria su presencia en el acto del juicio oral a petición del Ministerio Fiscal.

El Acuerdo podrá ser firmado por los Letrados para garantizar el derecho a la defensa.

Por el Juez de lo Penal se procederá a dictar Auto de admisión de pruebas y señalamiento de juicio oral, citando al Ministerio Fiscal y a las partes (acusado, víctima, y sus representantes procesales). No se citará al mediador ni a los testigos, salvo que la víctima con excepción del caso anteriormente citado, ni peritos propuestos y admitidos, salvo que el Ministerio Fiscal o la representación procesal de las partes manifiesten la necesidad de su presencia, de todos o algunos, en el acto del juicio oral si la mediación es parcial respecto a los hechos imputados y en relación a estos últimos o el mediador, en casos excepcionales, lo solicite a petición propia. En tales casos, dicha manifestación se hará constar en el traslado de la causa para notificación del auto de señalamiento por el Ministerio Fiscal y las partes, el mediador interviniente lo hará constar en el Acuerdo de Mediación.

Es conveniente la celebración en un mismo día de varios juicios con mediación para facilitar el trabajo de los Fiscales y del Equipo de Mediación.

Si el proceso de mediación no llegase a un Acuerdo, el mediador interviniente elaborará un documento que remitirá al Juzgado de lo penal que, a su vez, dictará providencia, la cual notificará a todas las partes poniéndoles en conocimiento el seguimiento de la causa por los cauces ordinarios de señalamiento de juicio oral.

2.6. Plazo para la realización de la mediación

El plazo para la realización de la mediación es de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el Juez o el Tribunal puede ampliar el

plazo, a petición del equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

2.7. Fase de comparecencia de conformidad y juicio

Si no hay acuerdo, se abrirá juicio oral. Si hay acuerdo, el Juez o Tribunal citará a las partes, persona acusada, víctima y persona mediadora al acto del juicio, que se iniciará con el trámite de conformidad, en la que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, siempre dentro de los términos de legalidad (art. 787 LECrim.) y valoración de la mediación antes expuestos.

El abogado y Ministerio Fiscal definirán y debatirán las consecuencias jurídicas (determinación exacta de la pena y posibles medidas suspensivas de la pena). Ambas partes entrarán en la Sala y podrán exponer ante el Juzgador los hechos, acuerdos y demás cuestiones que deseen expresar.

En caso de que cualquiera de las partes manifieste en dicha comparecencia su oposición al acuerdo alcanzado, se procederá a la celebración del juicio mediante la práctica de prueba.

El Juez o el Tribunal, en su caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto el Ministerio Fiscal como el abogado defensor otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda.

Si dentro del proceso de mediación víctima o acusado plantearan dudas sobre el alcance penológico del Acuerdo u otras cuestiones jurídicas, el mediador interviniente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y podrá remitir a ambas partes al ministerio Fiscal a dichos efectos.

2.8. Fase de reparación o ejecución de acuerdos

La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el «*Plan de reparación*», que el Juez o el Tribunal podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 110 CP), o como regla de conducta del art. 83 CP en caso de que se adoptase la suspensión de la ejecución de la condena.

La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse, con anterioridad al acto del juicio oral.

La reparación puede entenderse suficiente, si así lo acuerdan las partes, con el desarrollo del contenido del encuentro dialogado: restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que la práctica de esta experiencia vaya dando y que sean consideradas como idóneas por el Juez o el Tribunal, el Ministerio Fiscal y el abogado defensor.

Si dentro del proceso de mediación se contemplara la reparación del daño por medio del pago de la indemnización, el mediador interviniente remitirá al acusado y a su representación procesal al Juzgado de lo penal a dicho efectos,

o le facilitará el número de cuenta del Juzgado.

2.9. Fase de seguimiento

El seguimiento de la reparación se efectuará a través del Juzgado o Tribunal sentenciador, o en su caso, el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución.

3. Mediación penal en la fase de ejecución de la sentencia penal

3.1. Inicio del proceso

Esta fase comienza después del auto de firmeza de la sentencia (arts. 798, 974, 985 y 988 LECrim.), a partir del cual se obtiene el título ejecutivo necesario para comenzar el proceso de ejecución (arts. 141.6, 143 LECrim. y 245.4 LOPJ), y de que se derive, en su caso, al órgano judicial competente para la ejecución.

Contacto con la persona acusada y su abogado/a defensor. Una vez que el Juez encargado de la ejecución, con acuerdo del Ministerio Fiscal, haya valorado la conveniencia de someter el proceso a mediación en la fase de ejecución, el Secretario judicial realizará una llamada al abogado defensor para informarle de que su caso ha sido seleccionado para un procedimiento de mediación. El objetivo de la llamada es detectar obstáculos y generar confianza en el abogado. Ello no obstante, si cualquiera de las partes del proceso, ya sea la persona autora del hecho, su representación legal o el Ministerio Público considerasen oportuno someter el proceso a mediación en la fase de ejecución, lo pondrán en conocimiento del Juez encargado de la ejecución, quien, con acuerdo del Ministerio Fiscal, valorará la conveniencia de la mediación. Si el abogado expresa una buena disposición inicial hacia la mediación se pone en conocimiento del Servicio de mediación para el inicio del proceso. El Secretario Judicial elaborará y remitirá al equipo de mediación un expediente con los siguientes datos: copia de la denuncia, copia de las declaraciones, copia de la sentencia, copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.

El Juzgado, a instancias de cualquiera de las partes, enviará una providencia a la persona acusada y a la víctima, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación y que los profesionales encargados de realizar la mediación se pondrán en contacto con ellos.

El contacto con ambas partes por parte del equipo de mediación será telefónico y con una carta explicativa en la que se expondrá claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede) y las consecuencias (valoración positiva a los efectos de suspensión o sustitución de la pena).

Ante la respuesta de ambas partes se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad para participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

El plazo de contestación definitiva acerca de la participación en la mediación será de 15 días desde la notificación de la providencia judicial.

Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión del menor.

El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona acusada manifestase su intención de hacerlo, el equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste (voluntad de reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos jurídicos que correspondan.

3.2. Fase de acogida

Esta fase comienza cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en mantener una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. Se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones del mediador (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. En estas entrevistas individuales los mediadores podrán conocer de las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso.

El mediador deberá conocer del acusado su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información el mediador valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado en base a la existencia del conflicto, su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

El equipo de mediación, cuando lo considere necesario, ofrecerá información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia. Asimismo, con el consentimiento de la persona afectada, podrá recabar de dichos Servicios información útil al procedimiento de mediación.

3.3. Fase de encuentro dialogado

Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y el mediador lo considera conveniente, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas.

3.4. Fase de acuerdo

Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el Acuerdo de reparación, que llevará implícito un «*Plan de reparación*». En caso de que se concluya sin acuerdo, el equipo de mediación informará de esta circunstancia al Juzgado, respetando la confidencialidad de lo tratado. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y otros aspectos fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas y al órgano jurisdiccional.

El Acuerdo podrá ser firmado por los letrados para garantizar el derecho a la defensa. El Acuerdo se comunicará al Ministerio Fiscal, quien podrá realizar las manifestaciones que, en su caso, considere oportunas.

3.5. Plazo para la realización de la mediación

El plazo para la realización de la mediación es de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el Juez puede ampliar el plazo, a petición de los mediadores, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

3.6. Fase de decisión judicial

Si no hay acuerdo, el Juez decidirá sobre la suspensión, sustitución o informe del indulto valorando otras circunstancias que concurran.

Si hay acuerdo, el equipo de mediación comunicará al Juez el acuerdo adoptado y el documento firmado por las partes. El Juez encargado de la ejecución podrá, si lo considera conveniente, citar a la persona acusada, víctima y mediador.

La mediación finalizada podrá ser valorada por el Ministerio Fiscal y el órgano responsable de la ejecución, junto a otros elementos concurrentes, a los efectos de concesión de suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto.

3.7. Fase de reparación o ejecución de acuerdos

La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el «*Plan de reparación*», que el Juez podrá incluir como contenido de alguna regla de conducta del art. 83.6ª CP, en el caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad del art. 80 del Código Penal.

La reparación puede entenderse suficiente si así lo acuerdan las partes, con el desarrollo del contenido del encuentro dialogado: restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que la práctica de esta experiencia vaya dando y que sean consideradas como idóneas por el Juez, el Fiscal y el abogado defensor.

3.8. Fase de seguimiento

El seguimiento de la reparación se efectuará a través del Juzgado o Tribunal sentenciador o el encargado de la ejecución de la sentencia.

4. Mediación en Centro penitenciario entre víctima y persona penada

4.1. Propuestas de inicio del proceso

En las primeras entrevistas (fase de observación) que mantienen los miembros del Equipo Técnico del Centro Penitenciario con la persona condenada para el diseño de la propuesta individualizada de tratamiento, pueden preguntarle acerca de la voluntad de realización de una mediación con la víctima del delito. Asimismo, se preguntará si la persona condenada ha participado en procesos de mediación llevados a cabo en alguna de las fases procesales previas, ya sea en instrucción o enjuiciamiento, en cuyo caso la persona condenada aportará, bien copia del acta de acuerdos que acredite la mediación, o bien los datos del procedimiento a fin de que el Director solicite del Juzgado la correspondiente documentación.

En la realización del protocolo de clasificación que efectúa el Equipo Técnico (determinación del tipo criminológico, diagnóstico de la capacidad criminal y de adaptabilidad social, art. 64.2 RP), se preguntará al interno, nuevamente, sobre la posibilidad de una mediación con la víctima.

En las sucesivas entrevistas para la revisión de grado y, especialmente, en las de clasificación-progresión en tercer grado, se preguntará a la persona penada sobre la posibilidad de realizar la mediación con la víctima.

Del mismo modo, la mediación podrá iniciarse a petición de la persona penada en cualquier momento del cumplimiento de la pena.

4.2. Procedimiento de mediación

Cuando la persona condenada consienta el inicio de la mediación, el Centro Penitenciario se pondrá en contacto con el Servicio de Mediación para dar inicio al procedimiento.

El Equipo de mediación realizará una primera entrevista con la persona penada, en la que se expondrá claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede) y las consecuencias (valoración positiva a los efectos de progresión de grado o de libertad condicional, o de adelantamiento de ésta). Si la persona acepta dichas condiciones, deberá prestar consentimiento informado para la mediación.

De este documento se dará copia a la persona penada, al Centro Penitenciario y al equipo de mediación.

La petición del inicio de la mediación, así como el documento del consentimiento informado, será remitida por el Centro Penitenciario al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a fin de que tal petición se ponga en conocimiento de la víctima. A estos efectos, el Juez de Vigilancia le enviará una carta explicativa y se pondrá en conocimiento del equipo de mediación esta circunstancia, para que realice una llamada telefónica en la que se exprese claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede) y las consecuencias.

Si la víctima admite iniciar el proceso de mediación, comenzará el proceso, notificando a la persona condenada y al Director del Centro Penitenciario correspondiente que la mediación se va a realizar.

4.3. Fase de acogida

Esta fase se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en mantener una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. La primera entrevista se desarrollará con la víctima, a cuyo fin será citada por el equipo de mediación a través del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Posteriormente, se informará al Director de la prisión sobre el día y la hora de la primera entrevista con la persona condenada, que podrá tener lugar en local adecuado en el Centro Penitenciario o en el lugar oficial de desarrollo de las mediaciones, a cuyo fin deberá ser trasladada, salvo que tenga permisos de salida o se encuentre en régimen abierto, en cuyo caso podrá acudir por sus propios medios. Asimismo, podrá ser concedido un permiso extraordinario a tales efectos.

A ambas personas se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones del mediador/a (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. En estas entrevistas individuales el equipo mediador podrá conocer de

las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso. El equipo de mediación deberá conocer de la persona acusada su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado, con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

4.4. Fase de encuentro dialogado

Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la persona mediadora lo considere posible, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas.

A estos efectos se comunicará al Director del Centro penitenciario para que disponga lo necesario para el traslado de la persona condenada al lugar donde se desarrollará la mediación.

4.5. Fase de acuerdo

Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el acuerdo de reparación, que llevará implícito un «*Plan de reparación*».

En caso de que se concluya sin acuerdo, el equipo mediador informaría de esta circunstancia al Director del Centro Penitenciario y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y otros aspectos fundamentales se firmará por las partes y representantes legales, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, al Director del Centro y al Juzgado de Vigilancia, quien previo informe del Ministerio Fiscal, valorará el proceso de mediación a los efectos que correspondan respecto de la concesión del tercer grado, la libertad condicional o el adelantamiento de la misma.

4.6. Plazo para la realización de la mediación

El plazo para la realización de la mediación será de un mes desde la firma del

consentimiento informado. No obstante, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá ampliar el plazo, a petición del equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad)⁶⁴⁶.

IV. LA MEDIACION EN EL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL PENAL

El Consejo General del Poder Judicial a través de la Escuela Judicial, vino a establecer en las conclusiones del curso celebrado en octubre de 2007, las bases para la mediación penal, y concluye que «*esta figura, de ninguna manera busca sustituir al proceso penal*», sino que es «*un instrumento dentro del proceso*», que tiene el doble objetivo de «*contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos (como) única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y de ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como ultima ratio*»⁶⁴⁷.

MARTIN DIZ⁶⁴⁸ indica que las ventajas de la mediación penal son: a) solución dialogada de la infracción; b) potencia el comportamiento pacífico de las partes; c) en el proceso hay una parte vencedora y otra vencida, en la mediación no; d) es una solución pactada y aceptada por las partes; e) es una solución sencilla y flexible y menos costosa que el proceso judicial, y respecto de los inconvenientes de la mediación penal: 1) que el acuerdo de la mediación no tiene fuerza ejecutiva, y 2) que no está regulada en España.

Es cierto que no faltan objeciones ni críticas a este sistema de justicia que favorece al delincuente, pero existiendo un riesgo para la garantía procesal de la presunción de inocencia, ya que el sistema de conciliación requiere que el delincuente admita inicialmente la realización del hecho delictivo, al tiempo que supone una privatización de la Justicia Penal que puede poner en entredicho las garantías y derechos de las víctimas.

Estas tendrían un poder casi absoluto sobre el proceso penal en cuanto afecta a la reparación del daño, que podría conducir a una distinción entre justicia de ricos y justicia de pobres, y que ello afectaría a la rapidez del sistema, pues a más de la mediación, pudiera ser que la colaboración de los implicados retrasase estos procesos, pero lo cierto es que dentro del proceso de reforma

⁶⁴⁶ EL CGPJ ha editado una guía práctica para la mediación intrajudicial que recoge los protocolos de actuación en los órdenes jurisdiccionales donde se aconseja la mediación que se puede consultar en la guía www.poderjudicial.es como medios alternativo de resolución de conflictos, por entender que este sistema es eficaz, rápido y menos costoso que acudir a la vía judicial e incluso a la arbitral.

⁶⁴⁷ El CGPJ en 1997 ya señalaba «la tendencia a potenciar la intervención del abogado en actividades de mediación, transacción y arbitrajes, cometidos esenciales para limitar el número de asuntos que llegan a Juzgados y Tribunales».

⁶⁴⁸ MARTIN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid 2010.

de la administración de justicia, se presenta como un modo de desjudicializar el proceso, aliviar la carga procesal, sin que ello suponga una mera estrategia de descongestión del sistema de justicia penal, dando una respuesta más pronta a las víctimas y hacer realidad la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*⁶⁴⁹.

El sistema puede suponer algo muy positivo, como es que la tarea judicial penal se podría diversificar, por un lado, con los procesos normalizados con sentencia, y por otro, en los que debido al proceso de mediación, la tarea del juez se habría de reducir al control y garantía del buen fin del proceso de mediación, con lo que los sistemas de mediación o arbitraje pueden resultar idóneos, en esta apuesta por el derecho penal mínimo que coadyuva a la dimensión preventiva especial, cual es la responsabilidad ética del infractor y su reinserción social.

Por ello, la proyectada Ley del Proceso Penal, debe de contener el conjunto de principios informadores, reconociendo este proceso de mediación como instrumento de justicia penal, definiéndolo y estableciendo sus principios, de voluntariedad de las partes, confidencialidad, contradicción, flexibilidad y control judicial, con reconocimiento del principio de oportunidad del Ministerio Fiscal, y aplicación de la mediación en todas las fases del proceso, esto es, instrucción, enjuiciamiento y ejecución, lo que en definitiva plasma el actual proyecto de Código Procesal Penal, acogiendo el principio de oportunidad y la Justicia restaurativa por primera vez en nuestra regulación en este ámbito de lo penal, del modo que sigue:

1. La Exposición de Motivos

«Mediante la nueva regulación de la acción penal se instaura con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, el cual sólo regía con anterioridad en reducidísimos casos. Se ha considerado que la atribución de discrecionalidad a la Fiscalía para la persecución penal en virtud de criterios legalmente previstos, aplicables según las circunstancias de los supuestos concretos, ofrece más ventajas para el interés público que el mantenimiento de un ciego automatismo en el ejercicio del ius puniendi estatal derivado de una comprensión simplemente retributiva del principio de legalidad.

[...] Por otro lado, con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso.

En efecto, la instauración de la mediación penal era una necesidad no solo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que se habían llevado a cabo ya experiencias alentadoras

⁶⁴⁹ MOJICA ARAQUE y MOLINA LOPEZ, *Justicia Restaurativa*, Sello Editorial, Medellín, 2005

y fructíferas. Otorgar carta de naturaleza legal a la mediación penal resultaba ineludible, pues hasta ahora, salvo en el ámbito del derecho sancionador de menores, se movía en una situación de anomia normativa. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI) relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal no ha llegado a ser desarrollada. Tal texto alentaba a los Estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales [...] y a velar para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación” [...]. Esa decisión exigía una proyección en el Derecho penal de adultos como la exige la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que sustituye a la citada Decisión Marco, y que se ha tenido presente en la regulación de la mediación penal, escasa en preceptos –no es necesario más detalle- pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal.

La justicia restaurativa se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor. Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa. En la justicia restaurativa la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo.

Justicia restaurativa no significa limitar el fin del derecho penal al indemnizatorio o reparador (satisfacer a la víctima) diluyendo las diferencias con el derecho civil, pero sí redescubrir que la reparación –concebida como algo mucho más rico que la pura indemnización económica- puede tener también unos efectos preventivos importantes.

La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica. La mediación penal reparadora se lleva a cabo de forma paralela al proceso jurisdiccional pero podría llegar a condicionarlo o influir en él.

El modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional. Supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o incluso sin repercusión sustantiva alguna). La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de

la víctima.

[...] El nuevo texto, reconoce la posibilidad de todas aquellas personas que han sido víctimas de un delito a personarse y estar informadas, si así lo desean, de cuantas actuaciones y situaciones afectan a la persona que resultó condenada, de tal forma que las decisiones trascendentes que se vayan produciendo a lo largo de la ejecución de una pena privativa de libertad, se adoptaran siempre escuchando a la víctima.

2. El Capítulo IV sobre el Estatuto Procesal de la víctima

Los Artículos 59 y 60 ofrecen la definición de víctima y sus derechos⁶⁵⁰:

«La víctima es, a efectos de lo previsto en este Código, todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después.

Artículo 60.-

La víctima tiene los siguientes derechos:

1. *derecho a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible.*
2. *derecho a ser tratado con pleno respeto a su dignidad en toda diligencia policial o actuación procesal que se practique.*
3. *derecho a no sufrir intervenciones corporales sin su consentimiento, cuando se trate del ofendido por el delito.*
4. *derecho a la protección de sus datos personales.*
5. *derecho a ser oída por el Ministerio Fiscal en el curso de la investigación.*
6. *derecho al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del hecho punible.*

⁶⁵⁰ El Proyecto de Ley que refuerza los derechos de las víctimas llegó a las Cortes el 1 de agosto de 2014. Constituye un catálogo de los derechos procesales y extraprocesales de aquellas personas que sufran un perjuicio físico, moral o económico a consecuencia de un delito, y también sus familiares, que nace con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

7. *derecho a la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con los requisitos y de la forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.*
8. *derecho a ser informado de la situación procesal de la causa, que comprende el derecho a conocer el estado de las investigaciones, si no están declaradas secretas, las resoluciones sobre la situación procesal del encausado incluidas las relativas a las modificaciones de dicha situación cuando se produzcan, las resoluciones de sobreseimiento y apertura de juicio y la sentencia dictada en cualquier instancia y recurso.*
9. *derecho a obtener la restitución, reparación o indemnización del daño ocasionado por el hecho punible del responsable y, en los casos legalmente previstos, del Estado.*
10. *derecho a ser informada de los derechos anteriormente referidos».*

3. El Título VI sobre la Mediación Penal

Los artículos 143 a 146 la regulan con el siguiente texto:

«Artículo 143.- Contenido de la mediación penal

Se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo.

Artículo 144.- Mediación institucionalizada o profesional

1.- A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2.- La voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas.

3.- La institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal.

4.- El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.

5.- La mediación penal será siempre gratuita.

Artículo 145.- Suspensión de las Diligencias de Investigación

Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto si lo considera oportuno.

Artículo 146.- Efectos de la mediación

Ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza».

CONCLUSIONES

I. LOS ANTECEDENTES HISTORICOS DEL SISTEMA ARBITRAL

Los conflictos son inherentes a la naturaleza humana, por ello a lo largo de la historia y en todo el mundo se han buscado formulas para solucionarlos sin que la vía jurisdiccional tenga que ser el cauce principal para ello. En las últimas décadas, la sociedad cada vez más democrática y participativa, reclama un mayor protagonismo en la toma de decisiones que les afectan, por lo que en la búsqueda de métodos de resolución de conflictos se fija en el arbitraje y la mediación.

Pero lo cierto es que la Institución del arbitraje, no es reciente, sino por el contrario, de una gran tradición y antigüedad, que encontramos tanto en el Derecho Romano, como en nuestro Derecho histórico, constituyendo una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de los grupos sociales.

Es la Ley de las XII Tablas la que contiene la primera referencia, al contemplar el *cum-promisso facto*, por el cual las partes acuerdan encomendar la resolución del litigio, no al fallo de la autoridad pública competente, sino a la decisión de una tercera persona (*arbiter*), afectando el compromiso a cualquier materia a menos que afecte al orden público o al estado de las personas, siendo la decisión arbitral irrevocable (Justiniano).

En la Edad Media, la naciente burguesía comercial busca la solución de sus conflictos en sus gremios y corporaciones por la seguridad y rapidez que encuentra en la resolución de sus discrepancias frente a la lentitud de la justicia regia.

En el Fuero Juzgo elaborado en Castilla por Fernando III en 1241, que es una traducción del *Liber Iudiciorum* del año 654, aparece una regulación vertebrada del arbitraje, desempeñando la función los «*Alcaldes componedores*», teniendo las decisiones arbitrales fuerza ejecutiva de cosa juzgada. El Fuero Real mantiene esta tendencia y además pretende dar al arbitraje el carácter de procedimiento general, al regularse de oficio por los Alcaldes. En las Partidas, se consolida la función del arbitraje distinguiendo entre «*avenidores*» que resolvían en Derecho, y «*arbitradores*», que decidían como simples amigables componedores en equidad.

El arbitraje español, alcanza su punto más álgido con su reconocimiento constitucional en 1812 en los artículos 282 a 284 de la Constitución de Cádiz. El Código de Comercio de 1829 y su Ley procesal de 1830 aluden al mismo como «*arbitraje forzoso*».

Más tarde, en 1855, pasa a la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 770 a 836 sobre el juicio de amigables componedores, pasando a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y Código Civil de 1889.

Tras ello, en 1953, nace la Ley de Arbitraje con la pretensión de asumir una función correctora de la propia acción judicial, alejándose del conflicto institucionalizado, presidida por la distensión de formas procesales, más cercano al justiciable, potenciando como sistema más flexible, reduciendo el garantismo legislativo, que se pretende sustituir por un intervencionismo garantista, con la intención de que desempeñe un papel importante como alternativa a la resolución judicial, prevaleciendo la cultura del compromiso, que ha llevado a la implantación de arbitrajes especiales alternativos y complementarios de la tutela jurisdiccional, que permita descargar a la Administración de Justicia de algunas funciones.

II. EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

Las funciones sociales del derecho, consistentes en la protección de la persona en su dignidad y libre desarrollo y en la predisposición en la pluralidad de la cooperación social, se desenvuelven, a su vez, mediante diferentes funciones sociales habituales del ordenamiento, como son la prevención y la solución de los conflictos, la de la legitimación y la delimitación del poder, la de la igualación de las condiciones de vida y la de la promoción de ciertos colectivos sociales considerados como más débiles o vulnerables.

Estas características se dan en las relaciones de consumo, que enfrentan entre sí a los empresarios o comerciantes, suministradores de bienes o servicios, con los usuarios y consumidores, destinatarios finales, de dichos bienes y servicios, siendo sus características esenciales, la habitual escasa cuantía de las reclamaciones y el desequilibrio económico entre los litigantes, haciéndose necesario la promoción de la institución de arbitraje, apostando por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, siendo conscientes de que el tejido empresarial español, formado en su mayor parte por pequeños y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Por ello, se habilitaron sistemas alternativos y complementarios al pleito, más rápidos, económicos igualmente seguros y eficaces para resolver los conflictos contribuyendo a construir una cultura de paz.

Al amparo de artículo 51 de la Constitución que establece, claramente, un mandato dirigido a los poderes públicos de garantizar la defensa de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios «*mediante procedimientos eficaces*», se aprobó la Ley 26/1984 de 19 de julio Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que ha sido modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo- que en su artículo 31, facultaba al Gobierno para establecer «*un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios*», concediendo la disp. final 4.^a de la misma Ley el plazo de un año, para aprobar los reglamentos que sean necesarios para la aplicación de la misma.

Sin embargo pese a la inexistencia un marco legal definido, el Sistema Arbitral de Consumo se puso en marcha y el 20 de mayo de 1986 se constituían en España con carácter experimental las primeras Juntas Arbitrales de Consumo por el Instituto Nacional de Consumo, en colaboración con las Corporaciones Locales de Badalona, Valladolid, Madrid, Huelva, Sestao y la Comunidad Autónoma de Murcia, de modo que se hacía necesario el establecimiento de un procedimiento eficaz para la tutela de los derechos de los consumidores, creando un sistema que pudiera resolver las controversias entre comerciantes y consumidores con «*carácter vinculante y ejecutivo*».

1) La Ley de Arbitraje

En la década de los ochenta las demandas de los operadores económicos y las exigentes tomas de posición de la doctrina, crearon la convicción generalizada de la necesidad de un cambio de rumbo de la legislación española en materia de arbitraje, que diera cumplida cuenta en la legislación de las crecientes necesidades de la práctica, así que en 1981, al existir un contraste entre el creciente desarrollo comercial internacional y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje, se promulga un Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, el cual habilitaba al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de arbitraje comercial que constituyó el origen inmediato de la Corte Española de Arbitraje la cual ha desempeñado un importante papel como centro propulsor del arbitraje en España y de la reforma de su régimen jurídico.

Fue la Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, la que amplió el ámbito de aplicación de la anterior Ley de 22 de diciembre de 1953, cuya disp. adic. 1ª indicaba que esta era de aplicación al arbitraje contenido en el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en su disp. adic. 2ª reiteraba el mandato dirigido al Gobierno por la Ley General de Consumidores para que aprobase el Reglamento por el que se estableciera de una vez por todas el Sistema Arbitral de Consumo, por lo que el funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo se encontró gobernado por normas de origen dispar, a consecuencia de ser un punto de confluencia entre la legislación arbitral y la de protección del consumidor, convirtiéndose la Ley de Arbitraje en lo que la doctrina llama Derecho común a todos los arbitrajes, lo que también debe entenderse respecto del Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo.

Leyes como la de ordenación el seguro privado, la general para la defensa de los consumidores y usuarios y la de mejora de la protección de los consumidores, la de propiedad intelectual y la de ordenación de los transportes terrestres, así como la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad crean instancias arbitrales a las que la ley de arbitraje servirá de norma complementaria. Especialmente desde el punto de vista procesal.

Así las cosas, la entrada en vigor en España de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar las condiciones necesarias para hacer de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos, como atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, al poseer un modelo arbitral más seguro y moderno.

2) La regulación del sistema arbitral de consumo

En el campo del derecho privado, el derecho de consumo ha supuesto un movimiento renovador del Derecho, pues rompe con la concepción liberal del contrato imperante hasta ahora, ya que se tiene en cuenta la posición de debilidad que en la contratación se encuentran las personas, dada la necesidad del individuo y la falta de información, frente a la situación de superioridad o al potencial actual de los empresarios.

De este modo, y en esta materia de consumo, se publicó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se reguló el sistema arbitral de consumo, y posteriormente al mismo, la Ley 60/2003, de Arbitraje, (que ha sido reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo), a la que siguieron la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios en cuanto a la sumisión a arbitrajes privados, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo y finalmente, el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo que regula el arbitraje de consumo electrónico.

Normalmente habrá de contemplarse a la Administración de Justicia como el lugar lógico y natural para que se encuentre una solución adecuada a los conflictos de intereses, sin embargo la Administración de Justicia, viene siendo lenta pese al extraordinario esfuerzo que se realiza para resolver los asuntos que se someten a su enjuiciamiento y tiene un coste económico, a veces elevado, que puede no compensar al justiciable, y es precisamente ahora cuando la crisis económica ha puesto de manifiesto en estos momentos la necesidad de la intermediación, pues ha traído consigo un crecimiento vertiginoso de las demandas ante los Juzgados, por lo que se ha acometido la reforma del sistema de mediación y arbitraje (en que se exigirá acudir a un mediador antes que al juez para reclamaciones inferiores a seis mil €), con el objetivo de descargar de trabajo a los Juzgados civiles y mercantiles, promoviendo el uso de estas formas privadas de resolución de conflictos, y los de valor inferior a trescientos €, que se podrán resolver a través de Internet.

De esta forma el arbitraje de consumo se convierte en un instrumento de impartición de Justicia, pues el sistema no constituye un órgano del poder judicial, ni constituye un sistema paralelo al sistema judicial, pero posee una cierta naturaleza de éste, pues el arbitraje constituye un «*equivalente jurisdiccional*» en la medida que es una *actividad sustitutiva del juez del Estado*, que permite a las partes intervinientes obtener los mismo objetivos

que se obtienen en la jurisdicción civil y que se concreta en la obtención de una decisión que termina definitivamente el conflicto existente y que produce «efectos de ser considerado como cosa juzgada» (SSTC 43/88, de 16 de marzo, 174/1995, de 23 de noviembre y 31/2010, de 28 de junio de 2010), configurándose de este modo como un instrumento jurisdiccional no judicial de resolución de conflictos, que tiene los mismos efectos que una sentencia judicial (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, 13/1997, de 27 de enero y 9/2005, de 17 de enero), que lo que pretende es facilitar un *mecanismo de justicia social*, partiendo de las premisas del establecimiento de un mecanismo de protección al consumidor, como pone de relieve el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 15/1989, de 26 de enero y 62/1991, de 22 de marzo:

«siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral al sistema de recursos, con la Administración de Justicia».

El Sistema Arbitral de Consumo está provisto de un entramado institucional novedoso que se comienza a aplicar no como técnica subjetiva de protección al consumidor sino como una técnica objetiva de defensa del mercado.

El hecho de constituirse como una alternativa a los procedimientos judiciales y la lentitud y hermetismo de la administración de justicia, ha permitido su consolidación como un sistema jurisdiccional extrajudicial en el que las partes pueden conseguir los mismos objetivos que en la jurisdicción civil ordinaria.

Fundamentalmente el Arbitraje de Consumo constituye una vía alternativa reconocida de sometimiento voluntario de una cuestión determinada sin que se perjudique el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por la CE en su art. 24, y representa el que, una vez elegida esta vía por las partes, ha de continuarse en la misma, y la cuestión litigiosa queda sometida a la decisión del Colegio Arbitral, sin que pueda acudir a la llamada jurisdicción judicial, excepto por el procedimiento del recurso de nulidad del laudo arbitral.

Ya, el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación 12/1986, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, postuló que los Gobiernos de la Unión Europea adoptasen las disposiciones adecuadas para que «en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial», (LASARTE ALVAREZ) que constituyó el motor de arranque de la ley española aplicable con carácter general al arbitraje.

La Comisión de la Unión Europea, en su Recomendación 98/257/CE relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE L 115, de 17 de abril de 1998), recomienda que todo órgano existente o que pueda crearse, tanto a nivel estatal o local, como por iniciativa pública o privada, que tenga como

competencia la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo respete los siete principios: principio de independencia, principio de transparencia, principio de contradicción, principio de eficacia, principio de legalidad, principio de libertad y principio de representación, que constituyen las garantías mínimas, y que aseguran a los consumidores y empresarios que sus conflictos serán tratados con rigor, imparcialidad e independencia, reduciendo el coste, la duración y la complejidad en la solución de los mismos.

3) La tutela del consumidor en el ámbito comunitario

La voluntad de la Unión Europea es también la de fomentar, las formas de Alternative Disputes Resolution (ADR) que constituyen el nombre genérico que se da a una variedad de procedimientos que generalmente introducen un tercero, imparcial e institucionalizado en mayor o menor grado, con el objetivo de resolver controversias jurídicas evitando acudir a los procedimientos ante los tribunales de justicia, se describen como procedimientos «*colaborativos*», «*resolvedores de problemas*» y «*no adversarios*».

En las alternativas de resolución de disputas, los terceros no toman ninguna decisión por entender que estas manifestaciones que consensuadas facilitan que las partes no se enfrenten entre sí, sino que emprendan un proceso de aproximación a través del diálogo, seleccionen el método de resolución del conflicto y desempeñen un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución, de este modo, resuelto el conflicto, las partes continuarán con frecuencia sus relaciones de carácter comercial o de otro tipo sin que el modo de solucionar los conflictos surgidos entre ambas supongan la ruptura de éstas.

La globalización y la apertura de los mercados también coadyuvan a la idea de reforzar la protección de los ciudadanos que ni pueden ni alcanzan a autodefender sus intereses ante la complejidad del mundo empresarial y de servicios actual, por ello resulta imprescindible, contar con textos que codifiquen el Derecho de Consumo con el fin de inventariar los derechos y las obligaciones de las partes en una relación de consumo, al menos en los ámbitos que mayor trascendencia tienen en la actualidad: un régimen general, y un régimen especial para los sectores financiero, de los transportes, del comercio (incluido el comercio electrónico) y de las telecomunicaciones, esta labor codificadora ha sido abordada con cierto rigor, hasta el momento, por las instituciones comunitarias, que emprendieron en el año 2004 un proyecto de revisión de todo el acervo comunitario en materia de consumo con el fin de mejorar la consecución de los objetivos establecidos.

El desarrollo de dicho principio general se encuentra en el Título XIV del tratado originario (introducido por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que lo elevó al rango de política autónoma), que específicamente se rubrica «Protección de los consumidores», y que sólo consta de un artículo, el 153, que dispone, en términos muy parecidos a los de nuestra Norma Fundamental, que, para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger

la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

Ha sido por tanto la Comisión Europea la que ha asumido el mayor protagonismo en las acciones y políticas públicas en relación con la protección de los consumidores, pretendiendo revisar el acervo comunitario con el fin de sistematizar la normativa y completar el marco regulador existente, con el objetivo, como en otros muchos ámbitos comunitarios, de crear un mercado interior en esta materia que permita consagrar unos derechos básicos mínimos en los Estados de la Unión para todos los consumidores y usuarios.

Para ello la Comisión Europea dictó el conocido como *Libro Verde* sobre la revisión del acervo en materia de consumo, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 15 de marzo de 2007, reflejo de la Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores.

Se trata de un programa de acción que abarca el periodo temporal desde el año 2007 hasta el año 2013, que tuvo como soporte jurídico la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de marzo de 2007, «Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013».

En España, indudablemente, la norma que desarrolla directamente el mandato dirigido a los poderes públicos para garantizar la defensa y protección de los consumidores y usuarios, ex art. 51.1 CE, es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que ha sido modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

La Ley articula la defensa jurídica de los consumidores mediante el denominado principio de preferencia o regla de la discriminación positiva cuando señala que los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con los productos o servicios de uso común ordinario o generalizado, lo que se ha convertido en seña de identidad, y rompe de manera controlada los dogmas de libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, guiada por el propósito de establecer un principio de protección preferente diseñado para ofrecer defensa a aquel contratante que se encuentra en situación más vulnerable y dependiente.

Ello evidenció la necesidad de introducir límites positivos al ámbito de aplicación, restringiéndolo únicamente a aquellas relaciones jurídicas que tuvieran por objeto productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado recogidos por primera vez en el Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, actualizado por el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre.

El art. 3 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

y otras leyes complementarias, aporta el concepto general de consumidor o usuario que adoptando la doctrina actual los define «*como las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión [...] y las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*».

La entrada en vigor de este flexible precepto que acompaña una interpretación auténtica y sumamente precisa, amplía sustancialmente el ámbito de aplicación de la Ley, y permite obtener una mayor claridad en la tipificación de las personas protegidas.

III. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

El sistema arbitral de consumo surge como una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes. El camino hacia un sistema arbitral de consumo se inicia en 1984, con la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y se configuró tras unas experiencias piloto realizadas en 1986, por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo, como uno de los modos más desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico, para resolver los conflictos entre consumidores y empresarios, ya que sus características de rapidez, flexibilidad y gratuidad responden, en gran medida, a las expectativas de protección de las situaciones jurídicas de los consumidores, tratándose de una alternativa que, con carácter general, tiene las siguientes ventajas:

a) Es un foro neutral, b) elude el enfrentamiento entre las partes en conflicto, c) elección del idioma, d) elección de los árbitros, e) elección de asistencia jurídica, f) disposición de las partes sobre los trámites procedimentales, g) elección del lugar de celebración del arbitraje, h) elección de la ley sustantiva aplicable al fondo del litigio, i) mayor efectividad del laudo arbitral.

El paso decisivo en cuanto a la configuración del arbitraje, se produce con la promulgación de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que sería supletoria del específico de consumo, posteriormente derogada por la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

Esta, se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, considerando la necesidad de uniformar el Derecho procesal arbitral y la adecuación a la práctica del arbitraje comercial internacional.

1) La primera regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, tendrá siempre carácter supletorio respecto de cualquier tipo o modalidad de arbitraje especial, lo que se hacía necesario dada la proliferación de arbitrajes especiales incorporados por la legislación sectorial en los últimos años como el de seguros, transportes, propiedad intelectual, deportes, arrendamientos, marcas, consumo etc.

Esta modalidad de arbitraje de consumo presentaba grandes posibilidades en cuanto que permitiría resolver unas controversias que, en la mayoría de los casos, bien por la acumulación de asuntos en los órganos judiciales o por la escasa cuantía de las adquisiciones o prestaciones en que surgía la controversia, era preferible abandonar, conformándose el consumidor con su mala suerte antes que embarcarse en un largo proceso que, al final, podía resultar más costoso.

Ante esta posibilidad de resolver de manera gratuita, rápida y eficaz este tipo de controversias, se puso en marcha, con carácter experimental, este sistema arbitral de consumo.

La eficacia radica fundamentalmente en tres factores: el primero, en el respaldo que supone la voluntad de las partes, pues quienes se someten a arbitraje aceptan previamente la resolución del conflicto por el árbitro o árbitros que eligen de común acuerdo y establecen, también de común acuerdo, el procedimiento a seguir, que puede incluir medidas tendentes a facilitar el cumplimiento voluntario del laudo. Además, el laudo arbitral goza del respaldo del Estado para la ejecución del mismo en caso de incumplimiento voluntario, a semejanza de lo que ocurre con las sentencias judiciales.

El segundo, en el prestigio de los árbitros, que las partes pueden elegir libremente.

Y el tercer factor, es la posibilidad de que los árbitros decidan conforme a equidad, que permite en ocasiones soluciones del conflicto más justas que las que se obtendrían aplicando estrictamente la norma jurídica preestablecida, pues *«en el proceso de arbitraje de equidad, más que en cualquier otro proceso del Estado, el principio de la libre apreciación de la prueba se manifiesta de manera rotunda»*.

El árbitro no puede permanecer en un marco tasado en la valoración de la prueba, puesto que al decidir no sobre Derecho, sino sobre equidad, no se encuentra vinculado a norma alguna, pero también en el arbitraje de Derecho el árbitro goza como el Juez del Estado del principio de la libre apreciación de la prueba» (CHILLON MEDINA y MERINO MERCHANT).

Así, el sistema arbitral de consumo ha venido presentando unos importantes índices de crecimiento, lo que ha proporcionado una disminución en la carga de trabajo a los Juzgados, así como a los departamentos mediadores y sancionadores de las Administraciones competentes en materia de consumo, venciendo la inicial desconfianza de los empresarios y de los propios consumidores en que pueden encontrar garantías suficientes para la tutela de

sus intereses al margen de los procedimientos judiciales, pues desde la perspectiva del empresario el arbitraje de consumo se presenta como un medio de garantía de la defensa de los intereses de los consumidores en el discurso de las técnicas de orden público de protección destinadas a restablecer el equilibrio de las partes en la contratación, evitando que la parte más débil desde un punto de vista económico, se vea abocada a pactar extremos dañinos a sus intereses.

El objeto del arbitraje de consumo, es el de atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos.

Es decir, las controversias surgidas entre empresarios y consumidores con ocasión de un acto de consumo, quedando exceptuadas en el art. 2.2 del Real Decreto una serie de cuestiones, cuales son aquéllas sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución, aquéllas en que debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes no pueden actuar por sí mismos; aquéllas en que concurra lesión, intoxicación, muerte o existan indicios racionales de delito [...], que son las mismas cuestiones excluidas del arbitraje en su Ley reguladora.

2) El procedimiento del sistema arbitral de consumo

En el aspecto de la organización, el sistema arbitral se lleva a la práctica a través de las Juntas Arbitrales de Consumo y de los Colegios Arbitrales.

El órgano arbitral, propiamente dicho, de composición tripartita con presencia del sector empresarial, de los consumidores y de la Administración y quien en definitiva dicta el laudo arbitral es el Colegio Arbitral.

Se constituye para cada controversia en particular. Estas Juntas Arbitrales tienen como misión (art. 4 del Real Decreto) el fomento y la formalización de convenios arbitrales, actuaciones de mediación, confección y actualización del censo de empresas que hayan realizado ofertas públicas de adhesión, elaboración y puesta a disposición de los interesados de los modelos de convenio arbitral, y se disuelve una vez dictado el laudo.

Dado el carácter voluntario del arbitraje, el Real Decreto, siguiendo lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, establece como primer requisito el que las partes expresen su voluntad de someterse al arbitraje, que se plasma en el convenio arbitral.

Así, el primer paso lo ha de dar el consumidor, presentando su solicitud de arbitraje, personalmente o a través de una asociación de consumidores y usuarios ante la Junta Arbitral que corresponda.

Recibida la solicitud y aceptada por la Junta Arbitral de Consumo, ésta lo notifica al reclamado que, en un plazo de catorce días, deberá aceptarla o rechazarla para la formalización del convenio arbitral.

Si bien, si el reclamado hubiese realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, el convenio queda formalizado automáticamente, con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que la solicitud coincida con el ámbito de dicha oferta.

Durante el trámite de audiencia el colegio arbitral intentará la conciliación entre las partes, de forma que si se lograra, se recogerá en el laudo.

El Colegio Arbitral podrá acordar la práctica de las pruebas pertinentes, siendo sus gastos costeados por la Administración de la que dependa la Junta en las acordadas de oficio; por quienes las propongan, en las planteadas a instancia de parte; y las comunes por mitad, salvo que se aprecie mala fe o temeridad en el laudo.

Una vez practicadas las pruebas, los árbitros podrán, en su caso, acordar la convocatoria de las partes para oír las nuevamente. Si bien la inactividad de las partes en el procedimiento arbitral de consumo no impedirá que se dicte el laudo, ni le privará de eficacia.

El laudo y todas las resoluciones del Colegio Arbitral se deciden por mayoría de votos, dirimiendo los empates el voto del Presidente.

Se dicta en un plazo máximo de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral. Plazo que puede ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes, notificándose al Colegio Arbitral antes de la expiración del plazo inicial.

El laudo (art. 16 del Real Decreto) se dicta por escrito, expresando los extremos enumerados en el Reglamento, entre otros, puntos controvertidos, composición del Colegio, partes, alegaciones, pruebas practicadas, plazo para cumplir lo acordado, así como el voto de la mayoría y el voto disidente, si lo hubiera. Dicho laudo será motivado cuando el Colegio Arbitral decida la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho.

Contra el laudo sólo cabe el recurso de revisión y el recurso de anulación, el cual debía ser presentado antes ante la Audiencia Provincial en el plazo de los diez días siguientes a la notificación del laudo, pero ahora tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, lo es ante las *Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia*.

Transcurrido el plazo señalado en el laudo sin que éste se haya cumplido, podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado.

El arbitraje es una *«institución, típicamente procesal, resume en sí misma la esencia de la jurisdicción en su significado más puro y genuino. Lo que en realidad exige la resolución de un problema jurídico entre dos individuos es que la decisión provenga de un tercero, en aras de la imparcialidad y de la independencia del juicio. En el arbitraje se cumple este principio en toda su extensión. Por ello, dentro de nuestra disciplina, se ha de prestar atención a las*

dos fórmulas posibles del arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, como típicas manifestaciones jurisdiccionales» (RAMOS MENDEZ).

La delimitación subjetiva del ámbito del arbitraje de consumo, desde su implantación, suscitó grandes debates en torno a dos cuestiones: por un lado, la unidireccionalidad del arbitraje de consumo y la posible desigualdad de las partes del conflicto que conlleva aquélla, y por otro, los estrechos márgenes del concepto legal de consumidor, pues *«una rígida configuración unidireccional del arbitraje de consumo podría tener consecuencias absurdas, al obligar a discutir por separado cuestiones íntimamente relacionadas, abriéndose así paso el riesgo de soluciones contradictorias» (CASAS VALLES)*, pues el art. 31.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios *«no está tanto definiendo el ámbito material del arbitraje como una simple cuestión de legitimación para su puesta en marcha»*, de esta forma concluye que sí tendrían cabida dentro del arbitraje de consumo las pretensiones reconventionales de los empresarios y profesionales.

Una vez presentada la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral correspondiente y ésta la acepta por considerar que no afecta a materias excluidas (arts. 2.2 en relación con el 8.1 del Real Decreto), en el art. 9 se regulan, aunque de forma algo confusa, tres vías distintas de llegar a su formalización, dependiendo de que haya existido con anterioridad una oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo o se hubiese formalizado previamente, entre las partes, el convenio arbitral:

a) Existencia de oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo

Establece el art. 6.1 del Real Decreto: *«Cuando el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta».*

b) Convenio Arbitral formalizado previamente por las partes, pero inexistencia de oferta pública

Se trata de aquellos casos en los que las partes, previamente a la solicitud, formalizaron un convenio arbitral, genérico o específico, en documento independiente o unido al mismo contrato causa de la reclamación.

El art. 11.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje establece:

«El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje».

c) Inexistencia de oferta pública y de convenio arbitral previo

En estos casos, el reclamado sí podrá rechazar la solicitud de arbitraje o simplemente no contestar en el plazo establecido, lo que conllevará que la Junta Arbitral archive las actuaciones, notificándolo al reclamante.

El Real Decreto fue realmente parco en la regulación del procedimiento de enjuiciamiento, a ello dedica tan sólo los arts. 10 a 13, y además el art. 11 corresponden exclusivamente a la constitución del Colegio Arbitral; por ello, la invocación de la Ley de Arbitraje, supletoria del Real Decreto, será constante, pues sólo mediante su aplicación podrán resolverse muchas de las cuestiones que se suscitan en el arbitraje de consumo.

3) Los Procedimientos judiciales de Apoyo y Control al arbitraje de consumo

La asistencia judicial en los asuntos conocidos en arbitraje ha de limitarse a los *Procedimientos de Apoyo y Control* expresamente previstos por la Ley.

En este sentido el art. 7 de la Ley señala que «*En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga*», y la Ley Arbitral lo dispone para el nombramiento judicial de los árbitros (arts. 15,19 y 8.1), la adopción judicial de medidas cautelares (arts. 8.3 y 22.2), la asistencia judicial para la práctica de pruebas (arts. 8.2 y 33), la acción de anulación del laudo arbitral (arts. 40 a 42 y 8.5), la revisión del laudo arbitral (art. 43), la ejecución forzosa del laudo arbitral (arts. 44, 45 y 8.4), y el *Exequátur* de laudos arbitrales extranjeros (arts. 46 y 8.6).

En consecuencia dichas funciones de asistencia judicial se concretan a:

a) Las funciones de control arbitral, cuales son: la acción de la anulación del laudo, y la revisión del laudo arbitral firme. Que se basan en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por cuanto la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, por motivos tasados y que no permiten una revisión de fondo de la decisión de los árbitros. Laudo que aunque impugnado tiene fuerza ejecutiva y sigue los trámites del juicio verbal con demanda y contestación escrita.

En cuanto a la revisión del laudo arbitral firme, esta es tratada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, más que como un recurso de revisión, como un proceso autónomo que tiene su fundamento en la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

b) Las funciones de apoyo: serían las referentes al nombramiento judicial de los árbitros, a la adopción judicial de medidas cautelares, a la asistencia judicial para la práctica de pruebas, a la ejecución forzosa del laudo arbitral y al *exequátur* de laudos arbitrales extranjeros. Funciones que encuentran su justificación *por la falta de potestad jurisdiccional* de los árbitros.

Por tanto, el ejercicio de la asistencia judicial *no implica una sustitución de las facultades de los árbitros, sino un apoyo en cuestiones procedimentales que están fuera de la actuación arbitral* o no se encuentran bajo la órbita del poder de las partes, principalmente en la adopción de medidas cautelares o ejecutivas o en los medios de prueba, para garantizar la finalidad del laudo.

No obstante, los arbitrajes sufren demoras al trasladarse de su ámbito propio al jurisdiccional para la ejecución del laudo, pues así como en materia probatoria o de medidas cautelares se reconoce al árbitro capacidad por los arts. 23 y 33 de la Ley, también hubiere sido conveniente la posibilidad de actuar en la ejecución, si lo acordaren las partes y lo aceptara el árbitro, en todo aquello que no requiera la *vis coactiva*.

c) También existirá intervención jurisdiccional en el arbitraje, cuando, iniciado un procedimiento judicial, la parte demandada formula declinatoria sobre la base de la existencia de una sumisión a arbitraje.

En definitiva, la postura de nuestros tribunales es clara respecto a que la acción de anulación no es una revisión plena de lo ocurrido durante el arbitraje, sino que tiene por objeto una cognición muy limitada sobre el procedimiento arbitral, ceñida exclusivamente a las taxativas causas que son objeto del recurso de anulación, que era competencia de las Audiencias Provinciales a las que se venía pidiendo una cierta especialización al objeto de acortar los plazos (generalmente de 6 meses a dos años), lo que se produjo con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, en que la competencia objetiva se ha trasladado a los Tribunales Superiores de Justicia, lo que ha sido un opción legislativa acertada, que permite la especialización y el acortamiento de los plazos, descargando el trabajo ímprobo de las Audiencias Provinciales.

d) Respecto de la intervención del Juez de lo Mercantil en el arbitraje, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, dedicó dos contradictorios preceptos a la materia, los arts. 52 y 53 LC. El art. 52. 1º LC, establecía la ineficacia de los acuerdos de arbitraje por la declaración concursal al señalar: «*Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales*».

La ineficacia del convenio arbitral se establece sobre la base de entender que la jurisdicción de los Jueces de lo Mercantil absorbe toda cuestión relativa al procedimiento concursal, lo que la deja fuera de la libre disposición de las partes, declaración legal de exclusividad a favor del Juez del concurso desconectada del arbitraje, y habla de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (art. 8 LC); competencia que, además, se extiende a otra serie de cuestiones (art. 9 LC).

Ello llevaría como consecuencia lógica a entender que no cabe el arbitraje en ningún asunto relacionado con el concurso para el cual el juez tenga atribuida dicha competencia exclusiva y excluyente.

Sin embargo, coexisten algunas cuestiones que se resuelven mediante arbitraje que no son de la competencia exclusiva del juez mercantil, como ocurre con las disputas relacionadas con el Derecho de consumo, en las que el efecto pretendido de la ineficacia de las cláusulas de arbitraje se revela como una «carga» para el juez mercantil que no está especializado en dichas materias o estándolo resulta que las mismas se someten habitualmente a arbitraje, ante ello habrá de decirse que el arbitraje, sin embargo, no le hace la

competencia a la jurisdicción estatal, porque operan en diferentes niveles.

En lo referente al específico arbitraje de consumo, el art. 52.1 LC, no es el único precepto de la Ley que declaraba la ineficacia de los convenios arbitrales, pues la disposición final trigésima primera, que reformó la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en concreto su art. 31 al añadir un nuevo ap. 4.º, también declaró sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores.

La ley de arbitraje de 2003, reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que sigue el llamado sistema monista, esto es, la unificación de los regímenes nacional e internacional, que elimina y solventa la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del art. 52 de la Ley Concursal, dando la siguiente redacción al número 1 del artículo 52 sobre procedimientos arbitrales:

«1. La declaración de concurso, por si sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales».

La Ley de arbitraje de 2003 vino a complicar el sistema que existía, ya de por sí parco, por el Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo por el que se reguló el Sistema Arbitral de Consumo, pues el nuevo marco legal vino a plantear nuevos interrogantes, no siempre de fácil respuesta, que pudo provocar una dispersión interpretativa entre los distintos Tribunales Arbitrales, o Juntas Arbitrales repartidas por toda la geografía nacional, por lo que se plantearon distintos aspectos polémicos en este nuevo marco legislativo respecto al ya existente del arbitraje de consumo, dado que la Disposición Adicional Única vino a introducir cierta confusión al establecer que: *«Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho».*

En primer término porque el arbitraje había de ser en derecho (salvo acuerdo expreso) según lo dispuesto en el art. 34, con inversión del principio general de qué arbitraje sería en equidad (art. 4.2 de la Ley 36/1988) salvo que las partes optasen expresamente por el de derecho. Pues bien, la Ley 60/2003, se remitía, como se ha indicado, a la normativa del Decreto 636/1993 (al que no menciona), *«que podrá establecer la decisión en equidad».*

El problema fue que el único texto existente no mencionaba expresamente la equidad, aunque bien es cierto que del art. 11.3 y 16.2 del mencionado texto reglamentario se habría de deducir *a sensu contrario* que el arbitraje ha de ser en equidad, si bien a esta conclusión se llega haciendo una interpretación benévola, ya que ante la ausencia de especificación expresa de la equidad, y dado el carácter supletorio de la Ley 60/2003, pudiera pensarse que estamos ante una insoslayable laguna de difícil solución. Sin duda, el legislador hubiera

salvado estos inconvenientes expresando con claridad que para el arbitraje de consumo los árbitros decidirán en equidad.

En conclusión, la disposición, siembra dudas y obliga a llegar a conclusiones vía deducción de principios implícitamente presentes con supletoriedades que emergen de forma confusa, por lo que habrá de acudir a una hermenéutica conciliadora, atendiendo al espíritu del legislador, los arbitrajes de consumo han de ser de equidad, salvo opción en contra de una de las partes, atendiendo, además, al carácter tuitivo que igualmente se desprende de la legislación en materia de consumo (art. 2.2 de la Ley 19/1984).

Igualmente el carácter gratuito del arbitraje venía establecido en el ap. 2 de la Disposición Adicional Primera de la Ley de 1988. Dicho carácter gratuito desaparece en la nueva Ley como se desprende del art. 21.2 de la misma, quedando por tanto derogada además expresamente por la Disposición Derogatoria Única, la anterior legislación que era el referente supletorio (ante la ausencia de norma expresa) del Real Decreto.

No es sostenible el hecho de que por ser disposiciones adicionales a una ley no le afecte la derogación que con carácter general hace la ley posterior y baste acudir para ello al art. 2.2 del Código Civil, por lo que ante la clarísima derogación íntegra de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 60/2003 alcanza desde la Exposición de Motivos hasta la última de las disposiciones de la Ley 36/1988, por lo que para evitar dudas interpretativas, se hizo conveniente introducir la cláusula de gratuidad en el documento de solicitud de arbitraje y en el aceptación del mismo por parte de la empresa.

La reconvencción pareció, quedar excluida del ámbito del arbitraje de consumo, opinión que no era compartida por algún sector de la doctrina y por algunas juntas arbitrales de España, pero la aceptación de esta figura en el arbitraje de consumo permitida con carácter general para los demás arbitrajes en el art. 4 c) daba la impresión de no tener cabida en nuestro actual sistema por varias razones.

En primer lugar porque el arbitraje de consumo tiene esencialmente un carácter unidireccional, y ello se infiere del propio *introito* del Real Decreto 636/1993, de cuyo examen no se podía deducir la posibilidad de la reconvencción, ya que ni aparecía indiciariamente planteada como posibilidad, y dado el carácter prioritario de esta normativa sobre la establecida en la Ley 60/2003 de carácter supletorio, habría de concluir que tal posibilidad no contaba con cobertura legal, resultando incomprensible que un consumidor o usuario que presentase su reclamación frente a una empresa pudiera ver cómo el procedimiento finalizaba, al haber existido una reconvencción al medio, con un laudo estimatorio de la reclamación de la empresa y con la posibilidad, por tanto, vía ejecutiva, de proceder contra el consumidor inicialmente reclamante, contra argumentándose que la inadmisibilidad de la reconvencción quebraba el principio de igualdad, ya que tal principio hace referencia al equilibrio de los derechos de defensa de las partes, proscribiendo el trato favorable a ninguna de ellas, lo cual no podía interpretarse como la atribución a una de las partes.

Por ello, la combinación de una regulación excesivamente concisa para el arbitraje de consumo y la supletoriedad aplicable de una legislación más genérica y no concebida para este tipo de arbitraje podía llevar en la práctica a una difícil conciliación, complementación y aplicación en diversos puntos sobre extremos que en ocasiones tratan ambas normativas de forma diversa.

4) El agotamiento del Real Decreto 636/1993

Se puede afirmar como corolario lógico, que Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, fue una feliz iniciativa reglamentaria que puso fin a una etapa experimental iniciada a mediados de los 80 con una serie de programas piloto que permitieron alumbrar una norma útil, «batida contra las rocas» de la experiencia, que es el mejor laboratorio de la realidad con que cuenta cualquier legislador (TOMILLO URBINA).

De esta manera fue posible conocer de antemano cuál podría ser la incidencia en los ciudadanos del arbitraje de consumo, y su aceptación por parte de los agentes económicos y sociales.

Con el tiempo, como es lógico, el esperado reglamento de 1993 tras haber cumplido de manera ejemplar su función de arranque, se agotó quizá prematuramente. Desbordado por su propio éxito inicial, el texto pronto se mostró incapaz de suministrar más juego a los operadores prácticos que demandan, realizan y ejecutan el arbitraje de consumo.

La potencia jurídica del motor normativo diseñado en 1993, se consumió íntegramente en la consolidación del sistema y ya no quedaban en sus engranajes recursos técnicos suficientes para la expansión y desarrollo de la que es sin duda una de las experiencias más exitosas en materia de solución extrajudicial de conflictos de naturaleza jurídica patrimonial.

Tras la tenaz insistencia de los agentes sociales y de los gestores del sistema, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, se hizo eco de la necesidad de la reforma en el apartado 1º de su Disposición final sexta de la siguiente manera:

«En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo, regulando también el arbitraje virtual».

La constatación inequívoca -aunque tardía- de esta necesidad fue valorada positivamente, aunque sin ocultar alguna sombra: el enunciado clásico del precepto entonces proyectado, mucho más conservador que la no progresista pero sí al menos polivalente Disposición adicional única de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como las líneas apuntadas en determinados borradores de trabajo, suscitaban a priori no pocas incertidumbres y alguna que otra decepción. Los mimbres de la experiencia exigían del legislador una atención más esmerada y una urdimbre mucho más ambiciosa.

Desde la enseñanza que aporta la experiencia, se imponía necesariamente una reforma que, superando diferentes disfunciones, fuera capaz de impulsar el desarrollo y adecuación del Sistema a las más recientes necesidades que plantea la moderna sociedad de consumo española.

Para lograr esta finalidad, resultaba entonces ineludible abordar la elaboración de un nuevo texto articulado que, más que modificar, sustituyera al pionero pero ya insuficiente Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo.

La oportunidad de acometer la reforma encontraba sustento en dos razones. En primer lugar, puede esgrimirse una razón de orden legal. El Real Decreto de 1993 se apoyaba en los principios generales contemplados en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (artículo 1), derogada por la Ley 60/2003, de 26 de diciembre, de Arbitraje (Disposición Derogatoria Única).

Esta importante Ley de 2003 no perseguía únicamente la actualización de su antecesora de 1988, sino que se propuso impulsar el desarrollo del arbitraje imprimiéndole un «salto cualitativo» (Exposición de Motivos, I), con lo que los principios inspiradores de la Ley de cuyas fuentes había de beber necesariamente el Real Decreto de 1993 habían desaparecido completamente del mundo jurídico (como la propia Ley de 1988), o se habían visto cualitativamente alterados.

Por otro lado, y más explícitamente, la Ley de Arbitraje de 2003 parecía pedir en su texto articulado un nuevo desarrollo normativo para el arbitraje de consumo, a cuya disciplina se refiere en términos de futuro (Disposición Adicional Única).

En segundo lugar, también se puede esgrimir un argumento de orden lógico. Se ha escrito, con razón, que *«no existe ninguna institución arbitral en el mundo que haya atendido tantas solicitudes de arbitrajes ni dictado tantos laudos y, además, en tan breve tiempo, como el Sistema Arbitral de Consumo español»* (ÁLVAREZ ALARCÓN).

Si se profundiza más, resulta que las solicitudes que llegan al Sistema Arbitral de Consumo proceden, en una porción significativa, de un fenómeno que se puede denominar *la «huída de la Administración de Justicia»* o, si se quiere, de la desconfianza ciudadana hacia la jurisdicción judicial ordinaria, que se percibe muy a menudo como lenta, rituaría, ultraformalista y no siempre inteligible para el gran público, cuya respuesta se centra en demandar con urgencia nuevos horizontes.

Pero la inmensa mayoría de las solicitudes de arbitraje proceden en realidad de un «limbo jurídico» que ha venido configurándose a lo largo del último cuarto de siglo en torno a la contratación profesional en masa con condiciones generales, y que se caracteriza por la más absoluta indefensión de los destinatarios finales de aquellos productos o servicios que se van a aplicar a la satisfacción del uso o consumo personal, familiar o doméstico (ABELLÁN TOLOSA).

Pues bien, el Sistema Arbitral de Consumo ha demostrado ser un remedio razonablemente eficaz para intentar destruir ese indeseable «limbo jurídico» de

indefensión que, felizmente, comenzó a cuartearse tras más de diez años de lucha desde un Sistema Arbitral a veces precariamente financiado.

Verificada la importantísima función social del arbitraje de consumo y su innegable capacidad transformadora, había llegado el momento de valorar las enseñanzas atesoradas después de unos cuantos años de experiencia para dar un salto cualitativo e incorporar a la normativa reguladora del arbitraje de consumo las más recientes técnicas y soluciones jurídicas que se estaban aplicando en los distintos sistemas heterocompositivos comparados y que demanda nuestra propia experiencia. De lo contrario, no se estaría simplemente ante una ocasión perdida, sino que se hubiese corrido el riesgo evidente de dejar al Sistema Arbitral de Consumo español completamente desfasado.

5) Las propuestas para el nuevo régimen jurídico

Se observaba entonces que, sin entrar en cuestiones de detalle técnico-jurídico, el nuevo régimen jurídico debería ser diseñado eficientemente en orden a la consecución efectiva de los siguientes objetivos básicos (TOMILLO URBINA), y en los términos que a continuación se relatan en las que fueron las propuestas formuladas para la reforma:

1ª.- Regulación de la función mediadora en el Sistema Arbitral de Consumo

Convenía introducir un concepto de mediación de consumo suficiente para enriquecer el Sistema Arbitral de Consumo en su condición de instrumento para la solución de conflictos de consumo con contenido patrimonial. Tras la reforma, la mediación debía ser mucho más que una simple mención marginal, como sucedía.

Piénsese que la mediación es, ante todo, un mecanismo para la solución de conflictos caracterizada por la intervención de un tercero ajeno a las partes enfrentadas, es decir, objetivo e imparcial, que bien puede ser un órgano de composición plural de naturaleza pública instituido con carácter permanente. Sus mayores activos son la flexibilidad y la seguridad; con otras palabras, su formidable capacidad, en cuanto mecanismo, de adaptación a cada tipo de conflicto y a las variables que circunstancialmente puede presentar la inagotable casuística real.

La función que en este punto podían desempeñar las Juntas Arbitrales de Consumo habría de ser sumamente estimulante si se las revestía de la condición de tercero imparcial cuya intervención era preciso configurar en sede de reforma ya como solicitada por las partes, ya como impuesta obligatoriamente a las partes, pues ambas soluciones normativas eran posibles sobre todo teniendo en cuenta que el mediador, a diferencia del árbitro, carece de facultades dirimentes.

En este contexto, la mediación adquiriría una nueva dimensión e incrementaría sustancialmente su capacidad operativa.

Podría rebasar el reducido campo delimitado por el laudo conciliatorio en la fase posterior a la designación del Colegio Arbitral por el Presidente de la Junta Arbitral, para extenderse a lo largo de toda la fase previa, con el consiguiente ahorro de costes.

De este modo, y sin limitación procesal específica, las Juntas Arbitrales podrían trascender la función dirimente y conciliatoria para apoyar la apertura de negociaciones o transacciones entre las partes enfrentadas mediante la propuesta activa de soluciones materiales creíbles, equilibradas y eminentemente prácticas que podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por los protagonistas del litigio, empresario y consumidor, principalmente, en el caso que nos ocupa.

La principal aportación de la función mediadora al Sistema Arbitral de Consumo concebido como vía para garantizar el acceso de los consumidores a la justicia (que no a la Administración de Justicia), sería sin duda la capacidad que tiene la mediación de generar, articular, promover y obtener acuerdos utilizando para ello el conocimiento, la habilidad y los buenos oficios del mediador, en este caso institucional y predeterminado.

El derecho proyectado debería introducir estos planteamientos y ocuparse además de establecer los criterios centrales para la elaboración de un Protocolo de Mediación Previa. Esta nueva línea de trabajo permitiría a las Juntas Arbitrales alcanzar su plenitud como órganos de administración del arbitraje.

2ª.- Consolidación del sistema arbitral de consumo como marca de garantía

Era necesario potenciar el Sistema Arbitral de Consumo como marca de garantía. Para ello, debía actuarse básicamente en dos frentes:

Ámbito publicitario: lanzamiento de campañas de información y formación dirigidas a empresarios, profesionales y consumidores aquilatando las ventajas del arbitraje de consumo como mecanismo para la protección y defensa del mercado, entendido como principio de interés general.

Medidas normativas concretas de potenciación y fomento de las adhesiones al Sistema arbitral. (Puede servir de ejemplo en este sentido la línea marcada por la Ley 8/2006, de 27 de junio, de Estructuras Comerciales de Cantabria, que considera la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo como uno de los aspectos a valorar por la Dirección General competente en materia de comercio en orden a la concesión de licencias comerciales específicas para la apertura de grandes establecimientos comerciales (art. 12.c).8º). Los destinatarios de estas medidas promocionales deben ser, principalmente, los siguientes sectores de la actividad económica:

Empresas públicas, o con participación pública relevante. Cada vez es más difícil explicar al ciudadano la resistencia contumaz de éstas a la adhesión, especialmente cuando la Administración partícipe está en el «trance» de pedir al pequeño empresario su colaboración con el Sistema Arbitral.

Empresas de cualquier naturaleza o tipología que contraten con las Administraciones públicas, especialmente si lo hacen de manera habitual.

Entidades o establecimientos de crédito, empresas de transporte aéreo y compañías aseguradoras, los grandes «territorios exentos» que ha dejado hasta el momento presente la implantación y extensión del Sistema Arbitral de Consumo en las distintas Comunidades Autónomas de España.

Otras empresas de capital privado. Conviene preparar medidas e incentivos fiscales a la adhesión, al menos de naturaleza promocional.

3ª.- Erradicación del fraude en las adhesiones limitadas

Había de optarse por establecer mecanismos para el control cuantitativo y cualitativo de las Ofertas Públicas de Sometimiento y de las aceptaciones de arbitraje sobrevenidas, con la finalidad de reducir los riesgos de fraude en las adhesiones limitadas. La inconsistencia en cuanto al contenido y alcance de las OPASAC lastraba gravemente el Sistema Arbitral de Consumo.

4ª.- Desburocratización del procedimiento Arbitral

En ese momento era ineludible solucionar el problema de la lentitud (aunque algunas veces ni siquiera pueda hablarse de retraso), en la tramitación del procedimiento.

Una de las características fundamentales del arbitraje debía ser la rapidez.

En aquel momento, el sistema exigía que el laudo se dictase dentro del plazo máximo de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral, pero no se fijaba plazo máximo para la tramitación administrativa previa, lo que en la práctica suponía que desde que un ciudadano presentaba su reclamación hasta que se dictaba y notificaba el laudo dirimente podían transcurrir con facilidad varios meses. Se trataba de un plazo excesivo que necesariamente debía ser acortado.

Su duración es innecesaria, y además constituía un flanco abierto a la burocratización y «administrativización» del Sistema Arbitral de Consumo.

En orden a la consecución de este objetivo, podían avanzarse sin ningún ánimo exhaustivo una serie de instrumentos:

Simplificación de la tramitación administrativa, unificando plazos en aquel momento injustificadamente diferentes. Esto permitiría, además, superar contradicciones y antinomias de disciplina que carecían de justificación «histórica» y únicamente servían para sembrar confusión.

Supresión de trámites, muy especialmente en los supuestos de adhesión previa del reclamado. Aquí el procedimiento debía acortarse sustancialmente sin merma alguna de las garantías constitucionales y con una importante reducción de costes.

Reducción general y ponderada de la duración de los plazos en todas las fases, tanto arbitrales o dirimientes cuanto administrativas.

Potenciación decidida del empleo de las nuevas tecnologías (Tics) en la tramitación del expediente.

5ª.- Previsión de un procedimiento abreviado, así como de órganos dirimientes de composición unipersonal

La reforma debía introducir un procedimiento abreviado para el tratamiento y sustanciación de determinadas reclamaciones (especialmente las consideradas de escasa cuantía), con simplificación de trámites, aumento de la transparencia y acortamiento de plazos.

En el marco de este procedimiento habría de incardinarse de manera decidida la creación y desarrollo normativo de Colegios Arbitrales Unipersonales llamados a coexistir con los órganos representativos colegiados, iniciativa de enorme interés para la descongestión y agilización del Sistema.

Este procedimiento abreviado podría trascender el ámbito de las reclamaciones de escasa cuantía para adentrarse en un territorio mucho más ambicioso y sugerente: el de los colectivos especialmente desprotegidos.

Dicho planteamiento permitiría la introducción en la nueva normativa de técnicas jurídicas novedosas tendentes a reforzar y consolidar la protección de aquellas personas o grupos de personas que se encuentran -de manera permanente o transitoria- en una posición agravada de indefensión respecto del consumidor «común», como puede ser el caso de las personas mayores, las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, las personas desplazadas, los parados de larga duración, las minorías étnicas o los inmigrantes, sin ánimo exhaustivo.

6ª.- Regulación de las audiencias escritas

Se hacía cada día más necesario potenciar y desarrollar normativamente las audiencias escritas, fundamentalmente, aunque no de manera exclusiva, en las reclamaciones consideradas «de escasa cuantía».

No bastaba con prever su existencia como se hacía, no sin cierta confusión, sino que era preciso estructurarlas y acotar su alcance y contenido jurídicamente.

El éxito en este empeño serviría de remate a la simplificación y recorte temporal del procedimiento, mantendría escrupulosamente intactas las garantías constitucionales y permitiría reducir significativamente los costes públicos de tramitación.

La eficiencia del Sistema Arbitral de Consumo como mecanismo para la resolución de conflictos se vería así multiplicada.

7ª.- Mejora de la interacción entre el Arbitraje dirimente y el procedimiento administrativo sancionador

Se debían potenciar los mecanismos de interacción entre el Sistema Arbitral de Consumo y la Inspección de Consumo en los diversos ámbitos administrativos que pudieran resultar afectados por el «ilícito de consumo».

Se trata de una cuestión compleja en la que deben respetarse escrupulosamente las competencias autonómicas y locales, pero que podría permitir, en determinados casos, establecer una vía de comunicación entre el arbitraje dirimente y el procedimiento administrativo sancionador, a cuyo través las Juntas Arbitrales podrían reenviar de oficio aquellas quejas, o «falsas» reclamaciones, que aun resultando carentes de contenido patrimonial para la instrucción del expediente arbitral, sí que pueden revelar, sin embargo, la existencia de hechos o indicios eventualmente constitutivos de infracción administrativa..

Esta técnica de conexión interactiva podría extenderse a todas aquellas «auténticas» reclamaciones dotadas de contenido patrimonial efectivo que no puedan ser admitidas a trámite como consecuencia de las restricciones impuestas por la formulación de Ofertas Públicas de Sometimiento de naturaleza engañosa, equívoca o fraudulenta, incluso podría analizarse su aplicación a determinados actos infractores cometidos por empresarios no adheridos al Sistema Arbitral de Consumo que de manera contumaz y reiterada se negaren injustificadamente a aceptar la aplicación de mecanismos para la solución de conflictos con su clientela.

De esta manera se facilitaría el acceso real de los consumidores a la justicia mediante la superación de la perplejidad inactiva que experimenta en no pocas ocasiones el consumidor insatisfecho cuando recibe de la Junta Arbitral de Consumo una escueta resolución de inadmisión a trámite como única respuesta a su solicitud de arbitraje.

8ª.- Fortalecimiento de los rasgos jurisdiccionales extrajudiciales del Sistema Arbitral

Era preciso potenciar al máximo el principio de jurisdiccionalidad en el Sistema Arbitral de Consumo, sin perder de vista naturalmente los presupuestos de naturaleza contractual o, cuando menos, inequívocamente volitivos, en que tiene que desenvolverse ineludiblemente cualquier desplazamiento de la fase procesal declarativa hacia el ámbito de disposición estrictamente individual.

9ª.- Caracterización del Sistema Arbitral de Consumo como alternativa sólida y real a la jurisdicción judicial tradicional

Este objetivo requería mejorar y potenciar los mecanismos de interacción del Sistema Arbitral de Consumo con la Administración de Justicia, fundamentalmente en lo referido al triángulo delimitado por la proposición y práctica de la prueba, la ejecución del laudo y la disciplina de la denominada acción «externa» de anulación.

Si el arbitraje de consumo no puede limitar su condición jurídica a la de un mero sucedáneo judicial, mucho menos puede degradarse a la especie de subordinado judicial.

El Tribunal Constitucional entiende que el arbitraje de consumo es un genuino «*equivalente jurisdiccional*», y la nueva normativa reguladora tendría que ser congruente en todo momento con esta doctrina jurisprudencial de la igualdad de valor, huyendo de complejos y supeditaciones que podrían lastrar irreversiblemente las posibilidades prácticas del Sistema Arbitral de Consumo.

10ª.- Elaboración de un concepto claro de pretensión patrimonialmente relevante y planteamiento de la bidireccionalidad

La reforma había de basarse en una delimitación precisa de los supuestos de hecho a los que puede y debe conectarse el inicio del procedimiento arbitral. El principio de unidireccionalidad exige el mayor rigor en el concepto jurídico de reclamación (problemas de legitimación activa, reconvención, petitum).

Era ineludible romper el agregado administrativo queja-reclamación mediante la elaboración de un concepto riguroso y útil de pretensión patrimonialmente relevante. Sólo de esta manera se podría racionalizar y estabilizar en el plano normativo un acto jurídico tan importante como el inicio del expediente arbitral.

Incluso, desde esta plataforma conceptual, podría empezar a considerarse una hipotética *bidireccionalización* del arbitraje de consumo, lo que supondría su inmersión plena en el mercado, con todas las consecuencias que ello acarrearía, y que sería conveniente sopesar sin complejos ni prejuicios, como ha venido a poner de manifiesto la nueva normativa de la UE sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo contenida en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CEE, y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, sobre la misma materia, en que se incluyen, como gran novedad, las reclamaciones presentadas por los consumidores contra los comerciantes, pero también las presentadas por los comerciantes contra los consumidores, abarcando en particular los procedimientos de mediación y, los procedimientos extrajudiciales que tienen cierta naturaleza jurisdiccional, como los seguidos ante las oficinas de consumidores, el arbitraje, y los procedimientos de conciliación.

11ª.- Fomento de la especialización y de la formación de los árbitros

Si el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo ha de ser el principal impulsor de la mediación como instrumento para la solución de conflictos, el Presidente del Colegio Arbitral, en su condición de representante de la Administración pública de la que depende la Junta Arbitral, tiene que ser el motor del procedimiento dirimente.

Para ello era preciso garantizar normativamente la existencia de una formación jurídica especializada, real y suficiente, para los Presidentes de Colegio, al tiempo que se debía potenciar la adquisición de conocimientos específicos en

materia de consumo por parte de los árbitros representantes de sectores.

Esta cuestión es clave, pues no debe olvidarse que el árbitro de consumo llega hasta donde el juez profesional no puede llegar. Mientras éste está sometido al «imperio de la ley», aquél resuelve con arreglo a su «saber y entender». El juez queda sujeto por la norma que está obligado a conocer, *iura novit curia*, y esta ligadura no puede quebrantarse mediante la aplicación ni mediante la exégesis, que siempre han de atenerse al sistema de fuentes establecido como dispone el artículo 1.7 del Código Civil. Sin embargo, el árbitro de equidad no tiene otro referente básico que su saber y entender, capaz de desplazar y prevalecer sobre la misma aplicación de la norma con el único contrapeso del respeto al orden público.

El formidable «*poder jurídico*» que se confiere a la libre voluntad de las partes en su opción a favor del Sistema Arbitral de Consumo como mecanismo para la solución de los conflictos que pudieran surgir entre ellas, nos sitúa ante uno de los pocos casos reconducibles en la práctica al artículo 3.2 del Código civil por cuya virtud, una resolución jurisdiccional, judicial o no, dirimente puede descansar de manera exclusiva en la equidad.

Esta construcción axiológica de principio es fundamental para el Sistema y venía ofreciendo un excelente juego en la práctica cotidiana del arbitraje. Pero no estaría de más consolidar su aplicación mediante un refuerzo tan razonable y prudente como la denominada «*razón de ciencia*», ya que el Estado de Derecho va a poner en manos de los árbitros una serie de herramientas sumamente poderosas que solamente deben utilizarse de manera seria, responsable y documentada.

Esta profesionalización del arbitraje ha de mirarse con la mayor simpatía en cuanto que de ella derivará un más perfecto desenvolvimiento de la actividad arbitral, y consecuentemente, un incremento de su funcionalidad.

12ª.- Mejora de la regulación de los convenios constitutivos de las Juntas Arbitrales

Debía regularse la naturaleza jurídica de los convenios constitutivos de las Juntas Arbitrales, disponiendo con claridad su sentido y alcance. Dichos acuerdos sustanciados por la Administración General del Estado a través del Instituto Nacional del Consumo, de una parte, y por las diferentes Administraciones públicas, de otra, no pueden estar dotados de contenido «transferencial» sin incurrir en grave confusión administrativa.

Es preciso destacar que su configuración dentro del sistema jurídico general debe acercarse decididamente a un modelo de referencia: la «encomienda de gestión».

13ª.- Fomento del Arbitraje on line

Se debía potenciar con todos los medios disponibles el arbitraje on line, siempre desde una perspectiva sosegada y realista, y teniendo en cuenta la «brecha digital» que todavía padecen numerosos hogares españoles.

14ª.- Consideración especial del soporte normativo de la reforma

Finalmente, las reflexiones anteriores mueven a suscitar la cuestión del soporte normativo que debe contener la nueva disciplina reguladora del arbitraje de consumo desde la perspectiva de la jerarquía normativa.

La primera opción «continuista», era la vía reglamentaria del Real Decreto. Se trata del cauce más sencillo. De una parte, porque es el camino ya emprendido y recorrido por el texto normativo de 1993. De otra parte, porque es la vía originariamente prevista por la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que encomendó al Gobierno el establecimiento de un Sistema Arbitral antiformalista, ejecutivo y vinculante (artículo 31.1), e igualmente se orienta en el mismo sentido, desafortunadamente, 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 cuando dice en su art. 57.2: «*La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el gobierno*», y también por la derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que intentaba concretar de modo un tanto extraño el anterior mandato conferido al Gobierno en materia de arbitraje de consumo con la finalidad de que lo ejecute reglamentariamente (Disposición Adicional Segunda, 1ª).

Sin embargo, vale la pena reflexionar sobre una segunda opción más renovadora, esto es, la vía legislativa. Esta es ciertamente más compleja que la vía reglamentaria aunque sólo sea por los requisitos y circunstancias de su obligada tramitación parlamentaria, pero ofrece muchas más posibilidades.

De un lado, hubiera permitido abordar las modificaciones impuestas por la reforma en distintos textos legales preexistentes en unidad de acto, es decir, de manera sistemática, uniforme, racional e instantánea, facilitando una mejor consecución de los objetivos propuestos y una más clara comprensión normativa en perfecta armonía con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que, reservándose la condición de supletoria para el arbitraje de consumo, se abstiene muy mucho de acantonar su normativa de desarrollo en el ámbito reglamentario (Disposición Adicional Única), haciendo gala de una visión de futuro mucho más progresista que el vigente 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, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

No se olvide, en cualquier caso, que el Sistema Arbitral de Consumo se ha ganado a pulso su propio rango legal porque ya no es un incierto experimento sociológico, sino que se trata de una prometedora realidad heterocompositiva consolidada, susceptible además de cumplir una importante función social franqueando el acceso a la justicia material de lo que antes no eran sino grandes bolsas ciudadanas de pura indefensión.

De otro lado, porque la incorporación del nuevo régimen a un soporte normativo de naturaleza legal hubiera permitido elaborar una regulación específica y completa de la mediación de consumo, lo que enriquecería

sustancialmente el resultado final de la reforma.

El resultado final de ésta en el ámbito material bien hubiera podido ser trasladada al soporte formal de una novedosa Ley de Mediación y Arbitraje de Consumo que, si bien no supondría la primera manifestación legislativa de algunas reglas de arbitraje de consumo, sí que contendría su primera regulación sistemática dotada de tal rango.

Una de las posibilidades que deberían ser aprovechadas en este sentido sería la de incorporar a la disciplina del Sistema Arbitral de Consumo una técnica presuntiva revocable como mecanismo válido para expresar la voluntad de formalización del convenio arbitral.

Esta medida ya fue ensayada con éxito en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (art. 38.I.3). Esta Ley, al contemplar el régimen jurídico de las Juntas Arbitrales del Transporte, establece con carácter general (art. 38.I.1, in fine) que éstas serán competentes para resolver las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, dichas controversias sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento.

Sin embargo, la configuración y alcance del sometimiento legal a arbitraje de transporte viene sustancialmente modulada en el citado artículo 38.I.3: «Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas [a] siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 6.000 € y [b] ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado».

El empleo de una sugestiva presunción *iuris tantum* como la que viene contenida en la Ley 16/1987 podía ser de gran utilidad trasladada con prudencia y sutileza al Sistema Arbitral de Consumo.

6) El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

En el nuevo y extenso Real Decreto se plasman, con mayor o menor ambición o fortuna, la gran mayoría de las propuestas formuladas. Entre las que se quedan fuera está la 14ª, que es, como propuesta, la más importante, justamente la que permitiría realizar una comprensión sistemática y global de todas ellas. Y, sobre todo, la única capaz de calibrar, como referencia, la voluntad política que debía impulsar la reforma.

La idea clave era que no se podía malgastar el tiempo en esfuerzos continuistas más o menos bienintencionados. Tampoco era de recibo frustrar las esperanzas que el mercado, y no sólo los consumidores, que tenía puestas en una nueva regulación que permitiera avanzar en el acceso a la justicia y en

la promoción de indicadores de calidad empresarial.

La reforma tenía que asentar con firmeza un modelo innovador, de nueva planta, que fuera capaz de impulsar un Sistema Arbitral que ya puede considerarse consolidado institucionalmente, pero que evidencia preocupantes síntomas de estancamiento económico y, lo que es aún peor, social. Sistema que tiene que ser orientado decididamente hacia la consecución de objetivos homologables de generalización social.

El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, introduce novedades significativas, mayoritariamente en la línea de las propuestas formuladas, que a buen seguro han permitido mejorar la práctica cotidiana del arbitraje, manteniendo los principios de libertad, independencia, transparencia, eficacia y contradicción. Desde una perspectiva institucional, puede ser positiva la creación de un Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo como órgano de representación y participación (art. 12), aunque no está claro que entre sus funciones (art. 15) se haya abierto suficiente espacio a la urgente e imprescindible promoción de la jurisdiccionalidad del sistema.

También parece que ha de valorarse de manera positiva la introducción innecesariamente restrictiva respecto de las facultades de los presidentes de las Juntas (así, el límite cuantitativo de los 300 € no restringe la plena capacidad de las partes para acordar libremente que conozca del asunto un árbitro único (art. 19.1.a).

Por el contrario, limita únicamente la capacidad que tiene el presidente de la Junta Arbitral para tomar esa decisión (art. 19.1.b). Tampoco es límite la complejidad del asunto para que las partes puedan optar por un órgano arbitral unipersonal, mientras que el presidente de la Junta solamente podrá acordarlo en aquellos casos en que así lo aconseje «la falta de complejidad del asunto», de los órganos arbitrales unipersonales (art. 19.1) junto con los colegios tradicionales (art. 20), así como la *vis* atractiva dentro de aquéllos a favor de los árbitros propuestos por la Administración pública (art. 19.3), por lo que al mantenerse la idea del órgano arbitral colegial se admite la existencia de un órgano arbitral unipersonal, esta persona será el árbitro propuesto por la administración pública, por lo que esta novedad desvirtúa en parte el sistema, al apartar a los sectores intervinientes del mundo del consumo.

La acreditación de los árbitros permitirá mejorar su formación (art. 17) y especialización (art. 40) con arreglo al principio de formación continuada, que no se cita, (art. 23), entre otros criterios que tampoco se precisan de manera suficiente, pero que convergen en la obligación de motivar el laudo (art. 48.1) impuesta al órgano arbitral.

Es un acierto, al menos en términos generales, la regulación de las ofertas públicas de adhesión limitada (art. 26) y su reflejo en el correspondiente distintivo de adhesión (art. 28).

Lo mismo puede decirse de la admisión expresa de la reconvenición y de la modificación de las pretensiones de las partes (art. 43), de las referencias a la firma electrónica (v. gr. artículos 25.1, 44.1, ab initio, y 53), de la celebración de

audiencias orales no presenciales a través de videoconferencia (art. 44.1, in fine) o de la regulación del arbitraje sustanciado íntegramente por medios electrónicos (artículos 51 y ss.).

Sin embargo, parece que la nueva disciplina ha renunciado a la construcción de una estructura jurídica de nueva planta, edificada a partir de los sólidos cimientos forjados por la práctica arbitral de los últimos años. La máxima aspiración del Real Decreto de 2008 es el mantenimiento externo del sistema.

En ningún caso se ha propuesto abordar una transformación de calado estructural que permita alcanzar el anhelado objetivo de la generalización social, como reconoce expresa y significativamente en su propio preámbulo: *«En este marco jurídico, este reglamento mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo [...]»*.

El nuevo régimen renuncia al rango legal, con lo que, sin desmerecer en modo alguno el importante trabajo realizado y los progresos incorporados, recorta de manera sustancial y apriorística el alcance de las modificaciones emprendidas. Todo ello se refleja cumplidamente en el articulado del Real Decreto de 2008, y para demostrarlo pueden bastar unos cuantos ejemplos. El régimen de la mediación apunta algún elemento interesante (art. 38.3), pero es puramente remisivo (art. 38.2), meramente voluntarista (art. 38.1) y manifiestamente insuficiente. Le falta ambición, quizá porque, en el fondo, el contexto nomogénico no cree en lo que está tratando de contemplar.

Las medidas de fomento de la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo reconocen el acierto de determinadas iniciativas llevadas a cabo en algunas Comunidades Autónomas, pero no aportan mandatos jurídicos concretos, ni tan siquiera ideas nuevas (art. 32.1) que faciliten el compromiso de las Administraciones públicas en la mejora del acceso de los consumidores a la justicia.

Tampoco se potencia suficientemente el Sistema Arbitral como marca de garantía, ni se ha previsto un procedimiento abreviado (Capítulo IV) susceptible de capitalizar las novedades que acompañan al sistema de órganos arbitrales, cuyo funcionamiento puede verse gravemente lastrado en algunas Juntas Arbitrales como consecuencia del rígido sistema de turnos previsto (art. 21.2 y 3), restrictivo igualmente de las funciones de los presidentes.

No se presta atención a los colectivos especialmente desprotegidos, ni se interactúa adecuadamente con el procedimiento administrativo sancionador, renunciando a provechosas sinergias.

No contiene ni una sola referencia a los mecanismos esenciales para conseguir la generalización social del arbitraje, ni se ha previsto un procedimiento que permita avanzar en el acceso a la justicia y en la promoción de indicadores de calidad empresarial, profundizando en el estímulo de la confianza, participación e integración en el sistema empresarial y profesional.

No se contempla la bidireccionalidad del Sistema Arbitral de Consumo (art. 34.1, contrario sensu), salvo en la resolución de litigios en línea que impulsaría

notabilísimamente la implementación de la mediación de consumo como vía de acceso a la justicia, como ha postulado para la resolución de litigios en línea en materia de consumo la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CEE, y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, pues de mantenerse de una forma rigurosa la unidireccionalidad del arbitraje es probable que las empresas no lo consideren muy atractivo, pues pocas son las ventajas que pueden obtener de un sistema arbitral pensado exclusivamente para atender quejas de los consumidores.

Tampoco se tomó la decisión de incorporar resueltamente al texto articulado técnicas presuntivas revocables para expresar la voluntad de formalización del convenio arbitral (art. 24) fundamentales para ensanchar de manera relevante la base social del arbitraje y romper el embalsamiento actual.

Sin embargo, el clamor en torno a la necesidad de contar con un nuevo marco jurídico para el arbitraje de consumo llegó por fin a los poderes públicos, con la promulgación del nuevo Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el Ministerio de Sanidad y Consumo, lo que merece ya una valoración positiva.

También merecen un juicio netamente favorable los progresos que indudablemente incorpora el reglamento, a los que ya se ha hecho referencia.

Sin embargo, todo ello no debe ser óbice para observar que en su texto articulado subyace no solamente una llamativa falta de ambición en cuanto a los objetivos a alcanzar, sino también una preocupante falta de convicción respecto de las posibilidades de futuro que ofrece el Sistema Arbitral de Consumo para despejar el acceso de los consumidores a la justicia.

Y sin la habilitación y mantenimiento de vías eficaces, eficientes y equitativas de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, de poco servirá en la práctica contar con extensas, prolijas, refundidas y modificadas leyes de defensa de los consumidores.

Es posible que las sucesivas y excesivas renunciadas latentes en el Real Decreto 231/2008 permitan avanzar más o menos moderadamente en las cifras y magnitudes cotidianas del sistema. Pero difícilmente impulsarán de manera significativa avances cualitativos capaces de mejorar perceptiblemente la calidad de vida de los ciudadanos y las condiciones del mercado de consumo, porque no se ha querido profundizar en el estímulo de la confianza, participación e integración en el sistema de empresarios y profesionales.

Esta falta de ambición social y de convicción política puede permitir que permanezcan prácticamente intactas las trabas existentes para contener la generalización social del arbitraje de consumo.

Conviene reiterar que el arbitraje de consumo no puede atrincherarse en torno a los sectores autoalimentados tradicionales, que producen el actual y persistente estancamiento (tintorerías, telefonía, electrodomésticos,

automoción, *et alii*), hasta llegar a la anhelada generalización social de un prometedor sistema extrajudicial de resolución de conflictos patrimoniales ya consolidado institucionalmente, pero cuya cobertura presupuestaria y proyección sociológica, manifiestan importantes lagunas que la última reforma normativa no ha sido capaz de colmar.

Los poderes públicos no pueden conformarse con permanecer en actitud pasiva, especialmente los de ámbito estatal, esperando la benevolencia de algunos empresarios que, en proporciones nada desdeñables, consienten reemplazar la formulación genérica de oferta pública de adhesión (art. 25) por la singular aceptación casuística a posteriori del arbitraje (artículos 24.4 y 37.3.b).

El Real Decreto 231/2008 no va a conseguir erradicar el colapso de las expectativas ciudadanas de acceso a la justicia materializado en un decepcionante acto administrativo que, técnicamente, ya no será una resolución de inadmisión a trámite por falta de aceptación del arbitraje porque el Real Decreto 231/2008 la ha transformado en una orden de archivo de la solicitud (art. 37.3.b).II, ab initio) emitida por el presidente de la Junta Arbitral.

Sin embargo, aunque es verdad que el nuevo reglamento obliga a hacer constar expresamente la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje en la notificación al reclamante de la resolución de archivo de actuaciones (art. 37.3.b).II, in fine), no es menos cierto que este va a ser insuficiente para que la conclusión del procedimiento arbitral se vea privada de su capacidad para desmoralizar a los operadores prácticos, sumiendo a los consumidores en la más absoluta perplejidad.

También es cierto que aunque el Real Decreto 636/1993, no preveía ningún tipo de recurso frente a las resoluciones de inadmisión, pues expresamente señalaba (art. 8.2) que la inadmisión a trámite de la solicitud de arbitraje dejaba expedita la vía judicial, (STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de noviembre de 2000, en la que se señala la incompetencia de la Jurisdicción para conocer del recurso formulado contra la resolución de inadmisión), ello no impidió que algunas voces se plantearon la viabilidad de un recurso administrativo, y frente a éste un eventual recurso contencioso-administrativo, que han tenido calado en el Real Decreto 231/2008 que, en coherencia con la naturaleza administrativa que reconoce a las juntas arbitrales de consumo (arts. 3.2 y 5), permite que algunas resoluciones sobre admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje puedan ser recurridas ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (art. 36 RDAC).

Y es que el artículo 35.2 señala que, salvo lo dispuesto en el artículo 36, las resoluciones de los presidentes de las juntas arbitrales ponen fin a la vía administrativa.

De esta forma, cabe el recurso frente a las resoluciones que inciden sobre la materia objeto de arbitraje de consumo, siendo irrecurribles en vía administrativa las resoluciones que se pronuncien sobre la falta de fundamento de la solicitud de arbitraje o aquellas en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses de los consumidores.

Se ha creado un nuevo sistema arbitral, mucho más centralizado, con varios órganos complejos que dificultan la tarea de identificar quien es quien en el arbitraje de consumo, además el sistema se burocratiza y en definitiva toda la capacidad de decisión está en manos del INC y la Junta Arbitral Nacional que él controla.

Demasiado intervencionismo público y centralismo. Las competencias de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en esta área están mermadas.

En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, que con tantas limitaciones se ha dado y con tanta disparidad de criterios entre Juntas, ha seguido sin afrontarse por lo que habrá de esperar a que sea la Junta Arbitral Nacional la que realice las Recomendaciones pertinentes.

La posibilidad del árbitro único así como la utilización de conceptos tales como «*cuantía insignificante*» o cualquier otro tipo de limitaciones basadas en la cuantía afectan contra la esencia misma del sistema arbitral de consumo.

Si bien regula las Ofertas Públicas de Sometimiento limitadas, tratando de acabar con los principales problemas del sistema arbitral anterior, se ha seguido permitiendo, a juicio de la Junta Arbitral Nacional, tal posibilidad y además se incluyen dos distintivos del sistema arbitral lo que puede suponer una complejidad mayor para el consumidor que puede no percibir esas diferencias por falta de información o conocimiento.

El establecimiento de incentivos a las empresas puede tener un efecto perverso para el sistema, pues con su adhesión al sistema consiguen una garantía de calidad, un mecanismo de eliminación de controversias, un instrumento para detectar errores, un instrumento para detectar una publicidad negativa, un mecanismo de exteriorizar una buena imagen, dar satisfacción al cliente y fomentar la fidelidad del cliente.

La acreditación de los árbitros y los programas de formación es una medida positiva siempre que no queden al arbitrio de la Junta Arbitral Nacional y bajo criterios que no han sido regulados por ley.

La designación como árbitros para una concreta reclamación no está sometida a criterios racionales sino a la decisión libre del Presidente de la Junta, lo que pudiera permitir cierta arbitrariedad.

El tiempo máximo de la mediación debería quedar fijado por Ley y su regulación ser más completa.

Aún así y como corolario lógico de la experiencia del arbitraje de consumo, hay que valorarla en conjunto muy positivamente, puesto que ofrece una posible solución a miles de reclamaciones que probablemente nunca llegarían a los tribunales de justicia.

Evita la sobrecarga de los tribunales, desplazando las tasas y gastos que serían necesarios para hacer frente a las demandas de consumo, a los organismos de consumo que permiten resolver las reclamaciones de los

consumidores a través del arbitraje de consumo.

Además, el arbitraje ha servido para fortalecer las OMIC y las asociaciones de consumidores, incentivando el contacto con los consumidores al canalizar sus quejas al arbitraje.

Ha servido para que el sector empresarial tome contacto sobre la necesidad de atender las reclamaciones de los consumidores en un ambiente de búsqueda de soluciones más que de confrontación judicial.

Como factores negativos de la experiencia del arbitraje de consumo cabe señalar la heterogeneidad y falta de integración del sistema globalmente considerado y la falta de sometimiento a esta clase de arbitraje de las grandes empresas, dado que este arbitraje donde ha tenido éxito ha sido entre relación con las PYMES.

Y ha de señalarse, además, que los órganos encargados de la aplicación del arbitraje de consumo carecen en gran medida de los medios necesarios para hacer frente a las solicitudes presentadas, lo que ha dado lugar a retrasos.

Por ello, sería oportuno promover la idea de que las instituciones arbitrales, que en el caso de ser asociaciones u otras entidades, lo son sin ánimo de lucro –si de verdad se quiere propiciar el arbitraje como mecanismo alternativo a la actuación de los jueces y tribunales- recibieran importantes ayudas de los poderes públicos, que determinasen que en ningún caso hubieran de soportar tasa alguna, pues de otro modo los particulares no acudirán al mismo para resolver sus controversias más corrientes, desvirtuándose, así en la práctica, la idea del legislador de que los ciudadanos aprovechen esta institución que el propio autor de las normas considera útil y socialmente beneficiosa.

Igualmente, debe evitarse la injustificada diversidad de regulaciones arbitrales, refundiendo los distintos arbitrajes sectoriales de consumo, pues las empresas y los operadores prácticos merecen contar con un soporte normativo suficiente y eficiente, elaborado con el propósito de ordenar, encauzar y facilitar el trabajo.

IV. LA MEDIACION DE CONSUMO

El modelo de justicia contemporáneo viene siendo criticado por su lentitud, coste económico, rigidez o formalismo excesivo de su actividad, frente a ello la bondad del arbitraje y la mediación y, sobre todo, la rapidez que esta nueva normativa va a proporcionar en la solución del conflicto, hace que las nuevas tendencias se decanten hacia las opciones alternativas de corte extrajudicial, fundamentalmente de naturaleza heterocompositiva, ya sea de forma espontánea o bien de forma voluntaria, que ofrece cambios respecto a la búsqueda de métodos de solución pacífica de conflictos en las últimas décadas, siendo sin duda uno de los más importantes la apuesta por aquellas soluciones extrajudiciales que aporten rapidez y flexibilidad en la solución de las disputas que parece no aportar la solución judicial.

1) Los principios de la Unión Europea

Las Recomendaciones 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, y 2001/319/CE, de 4 de abril relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, reconocen el arbitraje y la mediación como mecanismos idóneos, estableciendo respecto de todo órgano existente o que pueda crearse, que tenga como competencia la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, aptas igualmente para la solución de conflictos de carácter civil y mercantil, los principios de:

1) Independencia, que recae sobre el órgano responsable de la toma de decisión y con ello se trata de asegurar la imparcialidad de su actividad los cuales se garantizarían a través de las medidas de capacidad, experiencia y competencia, especialmente en materia jurídica, de la persona designada; estabilidad en sus funciones de la persona designada, cuyo mandato estará garantizado temporalmente y sin posibilidad de ser destituida injustificadamente. La persona designada que desempeñe sus funciones remuneradamente no podrá haber mantenido relaciones laborales en los tres años anteriores con la empresa, asociación o persona que le haya nombrado.

2) Transparencia, que garantizarán la normalidad procedimental medidas como la comunicación por escrito, o en cualquier otra forma apropiada, a cualquier persona que lo solicite, de informaciones relativas a la descripción de los litigios que pueden someterse a ese concreto órgano y los límites, de existir, en cuanto a cobertura territorial de la eficacia de su actuación o la cuantía del objeto del litigio, una serie de normas relativas a la consulta del órgano, como pueden ser consultas previas, carácter escrito u oral del procedimiento, comparecencia y representación de las partes en el procedimiento, lenguas del mismo; coste del procedimiento para las partes y reparto de los mismos; tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano; modalidades de toma de decisión del órgano; valor jurídico de la decisión, precisando si es obligatoria para las partes o no, las sanciones en caso de incumplimiento, las opciones de impugnación.

3) Contradicción, que en el procedimiento implicará la posibilidad de que todas las partes interesadas puedan alegar lo que a su derecho convenga ante el órgano encargado de la solución del conflicto y que en el mismo sentido tengan conocimiento de las posturas y alegaciones del resto de partes, y no sólo ello sino que puedan intervenir y alegar en todos los actos del procedimiento que afecten a sus derechos.

4) Eficacia, asegurada por medidas que garanticen el acceso al procedimiento de solución alternativa del conflicto sin la necesidad de asistencia legal preceptiva; la moderación económica del coste de dicho procedimiento, bien por ser totalmente gratuito o con unos costes fácilmente asumibles, rapidez y celeridad en la tramitación procedimental y otorgamiento de amplias facultades al órgano encargado de la solución del conflicto, respetando la debida

imparcialidad, para tener presente cualquier circunstancia útil para la solución del litigio.

5) Legalidad, entendida ésta por la Recomendación con carácter general en el concreto ámbito de las ADR, partiendo de lo establecido particularmente en el texto de referencia en materia de derecho del consumo, como que la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar a las partes de la protección que le otorguen normas imperativas de la legislación del Estado miembro en que tenga lugar la resolución del conflicto, y en segundo lugar implicaría también que toda decisión del órgano ha de ser justificada y además comunicada a las partes interesadas.

6) Libertad, pues con el predominante carácter consensual de las ADR se establece como consecuencia este principio que implica que la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado previamente, y como también hemos anticipado anteriormente sin que el recurso a la ADR implique un menoscabo de la posibilidad de las partes de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de una solución para el litigio.

7) Representación, por el que las partes podrán hacerse representar o acompañar, con carácter voluntario y no preceptivo, por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

Por tanto una de las prioridades ha sido el diseño de nuevas vías de solución de conflictos de índole mercantil y civil, que como alternativa a la jurisdiccional puedan proporcionar a los ciudadanos comunitarios una solución rápida, ágil y poco costosa económicamente, factores éstos que lastran la percepción de la justicia y que se esbozan como reclamos de dichas alternativas de solución de conflictos de procedencia extrajudicial, considerándolos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos mediante la intervención de las partes y un tercero imparcial, al entender la Unión Europea que en este sentido se erigen como posible y viable respuesta a la creciente aversión a la solución judicial de conflictos como consecuencia del excesivo volumen de litigiosidad que deben soportar los órganos jurisdiccionales y que repercute directamente en la lentitud de la resolución de los distintos procedimientos además del excesivo coste económico que éstos conllevan.

En definitiva, las ADR y en igual medida las posibilidades jurídicas que se extraigan de las políticas comunitarias de desarrollo de soluciones extrajudiciales de conflictos, son instrumentos a los cuales las partes pueden recurrir libremente, decidiendo qué organización o qué persona se encargará del proceso, determinando el procedimiento a seguir, optando por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y decidiendo el resultado del mismo, pero siempre en libre concurrencia con otras posibilidades como son la típicamente jurisdiccional o el arbitraje, a las que en ningún caso excluyen sino más bien complementan, como medio rápido, y no muy costoso económicamente, que preserva cierta flexibilidad y la autonomía privada de las partes.

El nacimiento del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil presentado por la Comisión en abril de 2002, y posteriormente la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles presentada en octubre de 2004, dio lugar en nuestra regulación interna a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y posteriormente a su reglamento con el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley.

Por tanto, el Libro Verde comunitario de 2002 fue una muestra más de un nuevo umbral en la práctica ciudadana de la resolución de los conflictos como es el acceso a las convencionalmente denominadas ADR, ceñido únicamente, eso sí, al ámbito civil y mercantil.

Objetivamente el Libro Verde acogió como modalidades alternativas de solución de conflictos a aquellos procedimientos extrajudiciales en el ámbito del derecho civil y mercantil, el derecho laboral y los consumidores aplicados por un tercero imparcial a los cuales de modo genérico agrupa como *Alternative Dispute Resolution*, y excluyendo en este sentido a otros medios, ya sea de forma expresa como el arbitraje, pues se parte de la hipótesis general de que el arbitraje guarda mayor relación con los procedimientos jurisdiccionales que con los alternativos en la medida en que el fallo arbitral pretende reemplazar la decisión de la justicia, por lo que la mediación constituye un procedimiento de mutuo acuerdo en que a través, de la conciliación o negociación de un tercero imparcial e independiente se trata de obtener el acuerdo de las partes y la solución del conflicto.

La flexibilidad del modelo, y su complementariedad respecto del procedimiento judicial, en determinados asuntos, constituye una opción que se adapta mejor a la solución del conflicto puesto que las partes pueden disponer de la posibilidad de tratar de solucionar el conflicto amistosamente, sin que con ello en modo alguno se pueda ver cercenado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que abarca en este sentido tanto la puesta a disposición del ciudadano de procedimientos judiciales a través de los cuales solucionar sus conflictos como la oferta de vías alternativas y simplificadas que restauren la paz social.

En materia de derecho del consumo, y como respuesta a la preocupación de la Comisión de ofrecer a los consumidores un nivel de protección uniforme, es donde se han producido la mayoría de las iniciativas comunitarias, tanto respecto a la solución de conflictos domésticos como transfronterizos e incluso los derivados del uso de las nuevas tecnologías.

Destacan en primer término, y por su influencia directa las Recomendaciones de la Comisión de 30 de marzo de 1998 y de 4 de abril de 2001. La importancia de ambas recomendaciones estriba en los principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos que ambas establecen, y que se vieron además completadas con la publicación de un formulario europeo de reclamación para el consumidor.

Ahora bien, una vez iniciado el procedimiento de ADR escogido o pactado contractualmente, las partes solamente tendrían la obligación de intentar alcanzar honestamente un acuerdo, ya que el término negociado del litigio no puede, en ningún caso, ser una obligación.

Siendo así las partes mantendrán la libertad de poner fin al procedimiento de negociación en cualquier momento del mismo y la exigencia de responsabilidad sólo podría derivarse de una actuación con mala fe, que en todo caso debería posteriormente probarse.

Judicialmente hablando el particular efecto que se infiere que la existencia de dicha cláusula de solución litigiosa extrajudicial del conflicto podría solamente dar lugar a aceptar la no admisibilidad, temporal, del acceso jurisdiccional del conflicto en tanto en cuanto no se haya intentado y, en su caso, resuelto el procedimiento de ADR.

En este sentido la propia Unión Europea se aprestó regular algunos de los aspectos básicos del estatuto de las personas o entidades que asuman la función de administración y solución del conflicto en las ADR, en cuestiones como la regulación de los requisitos de acreditación y cualificación mínima para poder desempeñar esta función, ya sea a título individual o como agrupación, ya sea de carácter particular como si se trata de organismos públicos, y el establecimiento del código europeo de deontología para guiar su misión, el mismo, fue promovido por la Comisión de la Unión Europea en una conferencia organizada en Bruselas en 2004 con motivo de su puesta a disposición a las organizaciones y profesionales que se dedican a la mediación, instaurando un régimen comunitario de responsabilidad derivada de su intervención, evitando la posible disfunción que se genera si se aplican las distintas normas de responsabilidad civil de cada Estado miembro en caso de disponer de ellas respecto de la actuación de mediadores, conciliadores o negociadores.

2) La regulación interna

A diferencia de lo que sucede en el arbitraje, la mediación de consumo carecía de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico, laguna que ha pretendido cubrir la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, y como ocurre con tantas instituciones jurídicas, la razón de ser de los sistemas arbitrales reside en su propia eficiencia, que en la actualidad, se quiere potenciar con estas nuevas disposiciones como lo es esta norma desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, pues tanto la mediación con el arbitraje aspiran legítimamente a convertirse en una alternativa real al «monopolio» jurisdiccional de aplicación del Derecho.

En lo que al derecho estatal se refiere, la mediación de consumo no estaba contemplada en la LGDCU, y en el RD 636/1993, pues 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).

El RD 231/2008 no regula de modo pormenorizado la mediación, sino que la dedica el art. 38, con carácter previo al arbitraje e integrada en el mismo, por lo que ha sido definida como «*la alternativa de la alternativa*», 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 Exposición de Motivos señala que el Real Decreto se abstiene de regular la mediación, «*por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia*», y de este modo están reguladas por las leyes de protección y defensa de los consumidores y usuarios autonómicas.

En efecto, las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo.

Sitúa de este modo la labor del mediador como la de asistencia a las partes en conflicto en cuanto éste busca la aproximación entre las partes en conflicto aportando su colaboración, y preparación, en la formalización de una solución satisfactoria y asumible por las partes por convencimiento de éstas, a diferencia del juez, y de la solución judicial del conflicto, en que la participación del juez es más distante de las partes y su solución totalmente aislada de cualquier aproximación a las partes, y de alguna manera impuesta, en que el mediador es la tercera persona dotada de una preparación técnica específica que, desde una posición de neutralidad, sin tener ninguna capacidad decisoria, interviene en el conflicto que enfrenta a dos partes con la finalidad de que racionalicen con su ayuda una salida negociada que le ponga fin.

Un valor importante del nuevo Real Decreto consiste en destacar la idea de mediación, pretendiendo generalizar estas actuaciones y que las Juntas utilicen la mediación con mayor intensidad y sea contemplada como un claro procedimiento de resolución de controversias, estableciendo que en las Ofertas Públicas de Adhesión, las empresas tienen que manifestar si aceptan o no la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales (art. 25), por lo que al inicio del procedimiento, habrá una invitación a las partes para poder alcanzar un acuerdo a través de la mediación (art. 37), por lo que siempre se ha de intentar llegar a un acuerdo utilizando la mediación (art 38), y la realización de la mediación suspenderá el plazo para dictar laudo (art 4), siguiendo en este sentido la línea de la Unión Europea con un mecanismo de gran utilidad.

De este modo, la mediación es un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre personas o grupos que, a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de llegar a acuerdos viables que satisfaga a ambas.

Sin embargo, las Asociaciones de consumidores vienen siendo reacias a la mediación, al entender que los consumidores no se encuentran en situación de igualdad para dar inicio a unas negociaciones, por lo que la normativa opta

abiertamente por el arbitraje frente a la mediación, y este proceso de mediación puede suponer una forma de alargar en el tiempo la resolución, diferenciado de la conciliación al ser técnicas distintas pues el conciliador tiene un papel más activo proponiendo soluciones.

Sin embargo, nace en estos momentos el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, aprobado por el Consejo de Ministros del día 17 de abril de 2015, a propuesta del ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, aprobó el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, con el que se incorpora a la legislación española la Directiva comunitaria 2013/117/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, que tiene por objeto garantizar a los consumidores el acceso a entidades de resolución extrajudicial de conflictos.

Con esta norma se facilita a los consumidores que los posibles problemas derivados de sus contratos con los empresarios puedan encontrar una solución. Los procedimientos de resolución, cuyo resultado podrá ser vinculante o no, serán, además de gratuitos o de escaso coste, transparentes, sencillos, rápidos y justos, además de garantizarse su imparcialidad.

La novedad de esta Ley es que se establecen mecanismos para dar a conocer a todos los ciudadanos la existencia de esta forma de resolución de conflictos de consumo. Los empresarios podrán exhibir su adhesión a estas entidades como un plus de calidad a su oferta de bienes y servicios, lo que determinará que los consumidores demanden a los empresarios que les ofrezcan esta posibilidad de solución antes de contratar con ellos.

Los conflictos a los que se refiere este Anteproyecto son todos aquellos de carácter nacional o transfronterizo surgidos entre un consumidor y un empresario, con ocasión o como consecuencia de un contrato de compraventa o de servicios celebrado de forma presencial, electrónica, telefónica etc.

La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que aborda el Anteproyecto, entendiendo que puede contribuir efectivamente a facilitar el acceso de los consumidores a este tipo de entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo, especialmente en un ámbito que, como el de las transacciones virtuales y transfronterizas, requiere incrementar las garantías para la mejora de la confianza de los consumidores que revierta en mayores niveles de competencia.

No obstante, en algunos aspectos, la transposición puede dar lugar a inseguridad jurídica.

Precisamente por la importancia que reviste la puesta en marcha de mecanismos más efectivos para la resolución de conflictos de consumo, resulta especialmente necesaria la claridad a la hora de delimitar el objeto, el ámbito y los destinatarios de la norma, como aspectos sustanciales de la misma.

A este respecto, cabe señalar que el Anteproyecto contempla la misma definición de consumidores y usuarios que la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, si bien hay que tener en cuenta que distintas

normas sectoriales, en adaptación a su realidad, recogen conceptos no exactamente coincidentes con la misma. En aras de la necesaria seguridad jurídica, sería deseable un mayor nivel de aproximación entre las distintas definiciones de consumidores y usuarios.

En el caso de los servicios financieros, la Directiva que se transpone, al igual que el Anteproyecto, les resulta de aplicación general, incluyendo su contratación a distancia. El Anteproyecto plantea dudas sobre el encaje de estos servicios en su ámbito de aplicación, y sobre su necesaria coherencia con la normativa comunitaria y estatal específica del sector, generando inseguridad jurídica al remitir su regulación a una futura norma y al mismo tiempo establecer que el sector debe acomodarse transitoriamente a las previsiones del Anteproyecto en tanto se apruebe aquella, pues es importante garantizar la igualdad en el acceso de los consumidores y usuarios a este tipo de procedimientos, así como la homogeneidad de sus requisitos mínimos de acceso y calidad, que es necesario potenciar, independientemente del territorio de residencia o del lugar de la transacción. Desde este punto de vista, el Anteproyecto suscita algunas dudas en lo que se refiere a su ámbito de aplicación. Así, el texto prevé su aplicación a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos de consumo, tanto nacionales como transfronterizos (art.2), incluyendo una definición expresa de estos últimos (art.3) si bien elude recoger una definición de los primeros, como sí contempla la Directiva que se transpone en su artículo 4.1.e).

3) El arbitraje de consumo y la mediación penal

Estos métodos alternativos al proceso para la resolución de controversias jurídicas, tienen un carácter potestativo para los interesados porque así se exige constitucionalmente y se desprende del obligado respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en ocasiones con un carácter público e intraprocesal, pues comportan la intervención de los mismos órganos y sujetos involucrados en el proceso ordinario y despliegan sus efectos en él; mientras que en otras, presuponen, eventualmente, la salida de la materia de la órbita de la Justicia oficial, a modo de «privatización» de esa función pública, que aparece en institutos como el arbitraje, cuyo desarrollo se «externaliza», encomendándose a instituciones públicas o privadas ajenas a los elementos que integran la Administración de la Justicia, sustituyendo al proceso, dada su equivalencia legal, con el oportuno respaldo oficial en su supuesta mayor accesibilidad, flexibilidad y eficacia para la resolución de determinadas materias en que el arbitraje de consumo es acaso la muestra más clara.

Y lo cierto, es que se vienen produciendo numerosas solicitudes de arbitraje de consumo que han de ser inadmitidas a trámite al tratarse de cuestiones en las que concurren indicios racionales de delito, (generalmente estafas), dado que se encuentran expresamente excluidas del arbitraje (y en consecuencia de la mediación), por el art. 57.1 del R. D. Leg. 1/2000, 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 el art. 2.2 del R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, por lo que al ser planteadas,

el Tribunal Arbitral las remite a las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, las cuales incoan diligencias de investigación, que generalmente concluyen con la interposición de querrela o denuncia por el Ministerio Fiscal ante los Juzgados de Instrucción.

Fue el RD 636/1993, el que introdujo entre las materias excluidas del arbitraje de consumo: «2.2. d) *Aquellas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito*», incluyendo nuevas exclusiones conforme a la Ley 26/1984 (art.31.1) que no contemplaba la antigua ley de arbitraje.

Ello sigue en vigor tras la promulgación de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que en su art. 2.1, que dispone: «1. *Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*», al carecer las partes de poder de disposición sobre el ilícito penal, por ser el *ius puniendi* de titularidad estatal, lo que ha motivado que hayan quedado al margen del arbitraje y la mediación de consumo los delitos que se puedan cometer en materia de consumo, como son, por ejemplo, los delitos cometidos contra la salud pública (art. 359 y ss. CP) o las estafas (art. 248 y ss. CP).

Esta es la realidad actual, pero es muy probable que se produzca un profundo cambio de admitirse y regularse la mediación penal, lo que en consecuencia también afectaría al consumo, pues la competitividad que organizaciones paralelas ofrecen a los consumidores de justicia la seguridad de una eficaz y expeditiva solución de los conflictos.

Frente a la respuesta institucionalizada, la mediación penal es el instrumento propuesto por la llamada Justicia reparadora para la resolución de los conflictos sociales.

Se trata de restaurar el orden jurídico perturbado con el conflicto, y por ello se habla de la mediación como justicia restaurativa en la que se pretende establecer puentes de diálogo con el objetivo fundamental de crear una herramienta válida para conseguir una reparación más satisfactoria a las necesidades reales de la víctima, permitiendo al mismo tiempo al infractor, que repara, disfrutar de determinados beneficios jurídicos al asumir el desvalor de su acción, lo que contribuye a su efectiva reinserción y, en definitiva, a lograr la paz social.

Ello, teniendo en cuenta que, si bien el reproche penal no puede quedar, salvo en algunas infracciones, al arbitrio de la víctima, por lo que se impone la necesidad de poder ofrecer a la misma mayor intervención en la resolución del que, con independencia del interés público, no deja de ser su conflicto, convirtiéndose en algo más que en un simple testigo, con un enfoque distinto a la respuesta tradicional, satisfactoria para todas las partes implicadas en el conflicto, lo que debe repercutir también en el plano del principio de oportunidad.

Esta, la denominada justicia restaurativa (*restorative justice*) es considerada como una tercera vía, situada entre el modelo de la justicia retributiva y el de la

justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. El primero de estos dos modelos pone el acento sobre los crímenes y su castigo, el segundo se concentra sobre la recuperación y la reintegración del delincuente.

Con ello se disminuirían lo que en Criminología denomina grados de victimización, en que se encuentra la primaria, resultante del crimen, en que aparecen unos daños materiales, físicos y psicológicos, que producen un menoscabo físico, material o psicológico del ofendido, que también afecta al ámbito familiar y social.

La secundaria, que son los daños causados a la víctima derivados del mismo sistema penal y debido a las propias instituciones represoras del delito, al propio proceso y Administración de justicia que se ponen en marcha tras el hecho delictivo.

La terciaria, que es aquella que se produce por la reacción de ciertos órganos insertados en la sociedad y que, por sus funciones, están en contacto y en relación con la víctima como hospitales, escuelas, iglesias, etc. Y finalmente la cuarta victimización, que surge por el etiquetamiento que la víctima sufre y que muchas veces se debe a la difusión que se ha dado al delito, que los delitos estigmatizantes, es muy apreciable.

En consecuencia, un importante sector doctrinal viene abogando por la implantación de la mediación prácticamente en todos los ámbitos del Derecho, que se articula en torno a los denominados medios alternativos de solución de controversias, que ya se ha expuesto de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

La Decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2001/220, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece en su artículo 10 que «*los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*», añadiendo que «*velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas*», indicando su artículo 17, que los Estados miembros debían incorporar la previsión trascrita a sus ordenamientos a más tardar el 22 de marzo de 2006, sin que transcurrido dicho plazo España lo haya incorporado con norma alguna.

Nuestro proceso penal que data de la vetusta ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, desde el prisma de su coste y eficacia, es extremadamente lento y rígido debido a un mal entendido respeto al principio de legalidad, llevado a sus últimas consecuencias, pues salvo supuestos excepcionales, como los de los delitos privados, invariablemente ante la *notitia criminis* se debe iniciar el procedimiento con el único objeto de esclarecer los hechos y hacer uso, en su caso, del reproche penal.

El proceso penal, a diferencia del civil, se encuentra en los sistemas de corte continental sometido a los principios de legalidad, necesidad e indisponibilidad de la acción penal, con la única excepción de los delitos privados, perseguibles sólo a instancia del perjudicado, dado que el *ius puniendi*, se reserva al Estado,

quien lo ejerce por medio de órganos propios, jueces y magistrados, bajo el principio «*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*», en que cualquier solución mediadora sería alegal, por lo que la mediación como justicia restauradora requiere un nuevo escenario procesal a través de la introducción de criterios de oportunidad que garantice la legalidad y jurisdiccionalidad de esta vía alternativa a la Justicia criminal, dado que el derecho penal constituye la *ultima ratio*.

Siendo ésta la regla general, es lo cierto que pueden existir otras vías alternativas de solución de conflictos como la mediación, así como al principio de oportunidad, con los debidos mecanismos de control y garantías en cada caso, la respuesta del Estado ante el hecho delictivo sería más completa, más humana y también más eficaz, siendo lo cierto, que en ocasiones es posible tomar prestadas herramientas del sector privado que puedan ser útiles para racionalizar el sistema.

Entre las posibles soluciones es un principio incontestable que se hace preciso configurar un modelo alternativo al proceso penal, que abunda en varias direcciones: a) mayor incidencia del principio de intervención mínima y despenalización de las pequeñas infracciones; b) la sustitución del proceso penal por técnicas de mediación y conciliación entre el delincuente y la víctima, que propendan a la confrontación víctima/victimario, con la intervención de un mediador que sustituya la normal conclusión del actual sistema (la pena) por una serie de efectos, entre los que ostenta prioridad indiscutible la obtención de una satisfacción, económica o de otro tipo, para la víctima; c) el principio de oportunidad en la acusación pública, que se define como aquel en virtud del cual se atribuye al Ministerio Fiscal y/o al Juez la facultad de no ejercitar la acción penal o continuar el procedimiento, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor, concurriendo determinados requisitos o presupuestos legalmente establecidos.

La mediación en el ámbito penal se configura como uno de los métodos más extendidos de Justicia restaurativa, pues supone crear un espacio en el que víctima y autor, con la intervención del mediador, tienen la oportunidad de tratar del hecho delictivo y participar activamente en la búsqueda de una respuesta que compense el daño producido y propicie un proceso de reflexión en el autor, que le permite tomar conciencia real del daño que su conducta ha ocasionado.

La figura de la mediación penal no busca sustituir al proceso penal, sino que es un instrumento dentro del proceso, que tiene el doble objetivo de contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos como única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y de ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como *ultima ratio*», cuyas ventajas son: a) solución dialogada de la infracción; b) potencia el comportamiento pacífico de las partes; c) en el proceso hay una parte vencedora y otra vencida, en la mediación no; d) es una solución pactada y aceptada por las partes; e) es una solución sencilla y flexible y menos costosa que el proceso judicial, y respecto de los inconvenientes de la mediación penal: 1) que el acuerdo de la mediación no tiene fuerza ejecutiva, y 2) que no está regulada en España. Es cierto que no faltan objeciones ni

críticas a este sistema de justicia que favorece al delincuente, pero existiendo un riesgo para la garantía procesal de la presunción de inocencia, ya que el sistema de conciliación requiere que el delincuente admita inicialmente la realización del hecho delictivo, al tiempo que supone una privatización de la Justicia Penal que puede poner en entredicho las garantías y derechos de las víctimas.

Estas tendrían un poder casi absoluto sobre el proceso penal en cuanto afecta a la reparación del daño, que podría conducir a una distinción entre justicia de ricos y justicia de pobres, y que ello afectaría a la rapidez del sistema, pues a más de la mediación, pudiera ser que la colaboración de los implicados retrasase estos procesos, pero lo cierto es que dentro del proceso de reforma de la administración de justicia, se presenta como un modo de desjudicializar el proceso, aliviar la carga procesal, sin que ello suponga una mera estrategia de descongestión del sistema de justicia penal, dando una respuesta más pronta a las víctimas y hacer realidad la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*, pues el sistema puede suponer algo muy positivo, como es que la tarea judicial penal se podría diversificar, por un lado, con los procesos normalizados con sentencia, y por otro, en los que debido al proceso de mediación, la tarea del juez se habría de reducir al control y garantía del buen fin del proceso de mediación, con lo que los sistemas de mediación o arbitraje pueden resultar idóneos, en esta apuesta por el derecho penal mínimo que coadyuva a la dimensión preventiva especial, cual es la responsabilidad ética del infractor y su reinserción social.

Por ello, la proyectada Ley del Proceso Penal, debe de contener el conjunto de principios informadores, reconociendo este proceso de mediación como instrumento de justicia penal, definiéndolo y estableciendo sus principios, de voluntariedad de las partes, confidencialidad, contradicción, flexibilidad y control judicial, con reconocimiento del principio de oportunidad del Ministerio Fiscal, y aplicación de la mediación en todas las fases del proceso, esto es, instrucción, enjuiciamiento y ejecución, lo que en definitiva plasma el actual proyecto de Código Procesal Penal, acogiendo el principio de oportunidad y la Justicia restaurativa por primera vez en nuestra regulación en este ámbito a semejanza de la mediación de consumo.

En definitiva, la sociedad, los empresarios y los juristas han sido educados en base a la resolución judicial de las diferencias, por ello se hace necesaria su educación, para que comprendan, valoren y utilicen estas formas alternativas de resolución de disputas no basadas en la estricta confrontación de las partes, que desean que las disputas sean resueltas por personas bien preparadas, expertos y que conozcan la materia sobre la que versan las disputas, y su tendencia en el futuro tendrá sin duda aún un mayor desarrollo, pues nunca hasta ahora la protección específica de los intereses de los consumidores ha sido tan importante y ha adquirido tal sustantividad debido, entre otras razones, al progresivo incremento de la calidad de vida, y al carácter pluridisciplinar que esta nueva y pujante rama del derecho de consumo dentro del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consumidor.

En este sentido, el actual Gobierno español está destacando como una de las prioridades, la necesidad de impulsar esta nueva cultura de la Justicia para

conseguir que la sociedad perciba que para defender unos intereses acudir a los juzgados y tribunales no es la única vía. Hay otras fórmulas de resolver esos conflictos. Así, la Vicepresidenta del Gobierno mantiene textualmente que «el arbitraje permite resolver conflictos con más agilidad, refuerza la autonomía de las partes y ahorra costes», lo que anuncia que el mismo tendrá un creciente protagonismo.

En palabras del Ministro de Justicia Rafael Catalá⁶⁵¹, se trata de una respuesta clara y rotunda, porque agilizar los tribunales estimulará el crecimiento económico y favorecerá la creación de empleo.

El respaldo a la mediación y el arbitraje, que ya disponen de sus respectivas normas reguladoras, forma parte de este eje que apuesta por soluciones más eficaces.

Estos mecanismos proveen a la sociedad de instrumentos que permiten resolver las diferencias de un modo más rápido y económico que la vía judicial, sin que se trate de limitar ni desplazar la tutela judicial, sino de reubicarla de tal forma que no sea siempre ni la única ni la primera opción para solucionar un conflicto, como ponen de manifiesto las más recientes iniciativas legislativas, como la ya vigente Ley de Navegación Marítima, o del anteproyecto del Código Mercantil, que facilitan el recurso al arbitraje, o del Código Procesal Penal que lo hace respecto de la mediación.

La mediación y el arbitraje, como alternativas y complemento de la Administración de Justicia, tienen también una innegable dimensión de servicio público, sin embargo, que estos instrumentos lleguen a absorber un relevante número de controversias depende en gran medida de la confianza que generen entre ciudadanos y empresas, tanto las instituciones de mediación y de arbitraje, como de los propios mediadores y árbitros, que habrá de estar basada en el trabajo bien hecho, en la transparencia que debe presidir todo procedimiento –desde el nombramiento de los árbitros y mediadores, a la instrucción, los fundamentos de los laudos y, también, sus costes y gastos, que ofrecen esa solución rápida y especializada que demanda la sociedad y la economía avanzada, de todo lo cual el arbitraje de consumo constituye el mejor ejemplo.

Es destacable, que en esta materia del arbitraje y mediación de consumo, de carácter transversal y multidisciplinar, existe una vocación protectora de los consumidores y usuarios que debe impregnar toda la normativa que les afecte en todos los sectores del ordenamiento jurídico, el gran interés que el poder judicial tiene para que estos sistemas de arbitraje y mediación se arraiguen y desarrollen como medidas sustitutivas o de apoyo de los propios tribunales, por lo que debiera incluirse su estudio en los primeros cursos de las Facultades de Derecho, que tiene las ventajas de menor coste, informalidad, mayor facilidad, equidad, rapidez y privacidad, tan en la *mens legislatoris* actual.

⁶⁵¹ Revista de la Mutualidad de la Abogacía, núm. 84, Noviembre 2014, págs. 11 a 16.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

ABELLÁN TOLOSA, L. «Las Juntas Arbitrales de consumo, un cauce útil para solucionar los conflictos entre comerciantes y consumidores», *Revista publicada por el departamento de comercio Interior de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia*, núm. 29, 1989. «Las Juntas Arbitrales, un reto para el mundo del consumo», *Boletín de Consumo de la Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana*, núm. 5, 1998. «El sistema arbitral de consumo», en *Derecho privado de consumo* (Dir. M. J. REYES), Valencia, 2005. ACOSTA ESTEVE, J., «El Arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988», *Revista Española de Seguros*, 1990. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México 1991. ALCOVER GRAU, G., «Protección jurídica del turista como consumidor», *Estudios sobre Consumo*, 18, 1990. ALCUBILLA *Diccionario de la Administración Española*, sexta edición. ALMAGRO NOSETE, J., «La ejecución del laudo arbitral», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, (UNED) núm. 0, 1988. ALMOGUERA, J. «La Directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional». *Noticias de la Unión Europea*, nº 292, 2009. ÁLVAREZ ALARCÓN, A. «La Ley de Arbitraje de 1988: intervención y control jurisdiccional», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 5, 1991. «El Sistema Español de Arbitraje de Consumo». Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1999. ÁLVAREZ MORENO, M. T., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas cuestiones suscitadas la hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, 2005. ALVÁREZ SACRISTÁN, I. «Aproximación a la mediación prejudicial que viene». *Revista La Ley*, nº 7088, enero de 2009. ANDRÉS CIURANA, B. «La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España a propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, nº 12, 2005. ARIAS RODRIGUEZ, J. M. «Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». *Revista del Poder Judicial*, nº 88. CGPJ. ARSUAGA CORTAZAR, J., «El mediador civil y mercantil: Régimen Jurídico», Editorial Jurídica Sepín S.L. Madrid 2013. ASUA GONZÁLEZ, C., «Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 31/2008. AZPARREN LUCAS y DE LLERA, *Legislación material de Consumo con comentarios y Jurisprudencia*. Dir. Gral. de Consumo de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2001. BADENAS CARPIO, *El Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo*, Valencia, 1993. *El nuevo Sistema Arbitral de Consumo*, DN, 1993. BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia 1999. BECCARIA, C., en *De los delitos y las penas*, 1764. BELLOSO MARTIN, «El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador». *Estudios sobre la Mediación: La ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. BELLO JANEIRO, D. «Conflictos transfronterizos y arbitraje internacional», en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Coord. GARCIA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J Y VAZQUEZ DE CASTRO, E. Edit. Reus 2010.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS, R. *La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores, Tecnos, Madrid, 1987»; *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. por el mismo, Tecnos, Madrid, 1991; *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, (obra coord.), Madrid, 1992; «El concepto de consumidor, en Hacia un Código del Consumidor», *Manuales de Formación 34/2005 págs. 17-37 Consejo General del Poder Judicial*. BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Editorial Reus. 1ª Edición, 2009. BONET CORREA J., *Los arrendamientos urbanos con renta actualizada*, Aranzadi, Pamplona, 1987. BOTANA GARCÍA, G. *Noción de consumidor*, en BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999. BRUFAU PRATS, Jaime, *Teoría fundamental del derecho*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. «Naturaleza y ámbito del arbitraje en la Ley 60/2003. Asistencia judicial al arbitraje», ponencia 10 de mayo de 2007 en Jornadas sobre las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Consejo General del Poder Judicial y el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco. CABEZUDO RODRIGUEZ, N., «Justicia restaurativa y mediación penal», *Revista La Ley*, núm. 86, octubre de 2011. CARMONA RUANO, M., «Propuestas internacionales de reforma del proceso penal», en *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, Madrid 2006. CARRASCO PERERA, A., «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección (A propósito de la STC 6/1992, de 13 de enero)», *Derecho privado y constitucional*, 1993; *El arbitraje de consumo: la experiencia de Castilla-La Mancha*, Madrid, 1998. CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., « ¿Acciones de clase en el Derecho Civil?», *Aranzadi Civil*, núm. 3/2001, Pamplona, 2001; y CARRASCO PERERA, A. y otros, *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*. Madrid, 2002. CASADO CERVIÑO, A. «El arbitraje de consumo», *Actualidad Civil*, 2006, núm. 4. CASAS VALLES, R., *Comentarios al art. 31 LA*, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinado por BERCOVITZ Y SALAS Civitas, 1992. CASADO CERVIÑO, A. «El arbitraje de consumo», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. MARTIN MUÑOZ Y HIERRO ANIBARRO, Madrid, 2006. CASPANI, V., *Consumatori e la giustizia. Conciliazione e arbitrato: l'evoluzione europea e l'esperienza nazionale*, Piacenza, 2002. CHILLON MEDINA, J. M. y MERINO MERCHAN, J. F., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991. «Valoración de la nueva Ley de Arbitraje», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, N.º 99, Enero 2004, Editorial Centro de Estudios Registrales. CHECA BRAVO, J. *Las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje*, Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo, Dirección General de Consumo de Aragón, 2005. COLMENERO GUERRA, *La intervención jurisdiccional en el Arbitraje de Consumo*. Dir. Gral. de Comercio, Consumo y Cooperación Económica de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1999. CORCES PANDO, *El Sistema arbitral de consumo en España*, Curso sobre el nuevo derecho del consumidor, Madrid, 1990. CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, 1995. CREMADES SANZ-PASTOR, B., «El arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, Vol., 4, 1990. CRESPO ALLUE, F., *La nueva Ley de*

Arrendamientos Urbanos, Dir. por GUILARTE GUTIERREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 1994. FERRERES COMELLA, A. y VILADÁS JENÉ, C., «Algunas reflexiones en torno a las reclamaciones por daños y perjuicios derivados del consumo de tabaco en España y Europa», *Diario La Ley*, núm. 6123, 9 de noviembre de 2004. DAMIAN MORENO, J., en *El Derecho y su garantía jurisdiccional*, Editorial Reus, 2009. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, M. A., «El arbitraje en Internet», *Actualidad Aranzadi*, núm. 41, 2001. DE BENITO-LLOPIS LLOMBART, M., *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*, Cívitas, Cizur Menor, 2010. DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1996. DEL RIO FERNANDEZ, L., «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *Revista La Ley*, núm. 6520, julio de 2006. DIEZ, F. y TAPIA, G., *Herramientas para trabajar en mediación*. Editorial Paidós. 1ª Edición, 1999. DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson-Aranzadi, 2007. DIAZ ALABART, S. *Tribunales arbitrales de consumo. Estudios sobre el Derecho de consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1.ª ed., 1991, págs. 122 y ss., y «El arbitraje de consumo (RD 636/1993, de 3 de mayo)». *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2.ª ed., 1994, págs. 170 y ss; «Comentario a la disp. ad. segunda LA», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinado por Rodrigo BERCOVITZ., Tecnos, 1991. «El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje», *Actualidad Civil*, 2005. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, A., vol. III, 6.ª ed., 1997. DURBAN SICILIA, L., «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *Revista La Ley*, núm. 73, julio de 2010. ESPIN ALBA, I., «Coste de la mediación» en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Dir. GARCIA VILLALUENGA, I. y ROGEL VIDE, C. Instituto Complutense de Mediación y gestión de conflictos. Edit. Reus 2012. «Arbitraje y Mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII. BMJ núm. 2160. Noviembre 2013. ESPINET ASENSIO, J. M., «La intermediación inmobiliaria. La mediación: su autonomía», *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1ª Edición. Madrid: CGPJ, 2007. ESPLUGUES MOTA, C. «Disposición adicional única», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), coordinadora Barona Vilar, Madrid, 2004. FABREGA RUIZ, C. F. y HEREDIA PUENTE «La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia», en *Revista Bajo Estrados*, Jaén. FAIREN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990. FERNANDEZ DE BUJAN, F. y GARCIA GARRIDO, M. J. *Fundamentos Clásicos de la Democracia y la Administración*, Ediciones Académicas S.A., 2010. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Aranzadi, 2004. FERNANDEZ FUSTES, Mª. D., «La nueva regulación del arbitraje de consumo», en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. Esther González Pillado. Madrid 2010. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., *Diccionario Jurídico*, Navarra, 2004. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La Nueva Ley de Arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, nº 102. FERREIRO BAAMONDE, X., *La Víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2005. FÍNEZ RATÓN, J. M. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid: Civitas, 1992. FORTÚN, A., «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (II): el arbitraje on line», *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho*, núm.

78, 2003. GAI *Institutionum commentarii quattor*. FRAILE, M. E., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir. PANTALEON, F., Civitas, Madrid, 1995. FRANCO ARIAS, J., «La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje de 2003», *Anuario de Justicia Alternativa*, Derecho Arbitral. FUENTES LOJO, J. V., *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994. GALLEGO DOMINGUEZ, I., «Los instrumentos de protección de los consumidores y usuarios: En particular las cláusulas abusivas», en *V Jornada Técnica Provincial sobre Consumo. Actualización normativa para la protección del Consumidor*, coordinado por F. Mármol Bernal y M. Izquierdo Carrasco, Córdoba, 2007. «Derecho de desistimiento», en *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Ref. aprobado por el R.D. Leg. 1/2007)*, dirigido por M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, Iustel, Madrid, 2011. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 569, 2003. GARCIA-AGUDO MENDES, J. A., «El convenio arbitral y el pacto arbitral electrónico en el arbitraje interno o domestico», *Actualidad Aranzadi*, núm. 41, 2001. GARCIA CANTERO, G. sobre «El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del consumidor», *Actualidad civil*, 1987, núm. 773. GARCIA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. Dykinson S.A, 1982; *Instituciones y Casos de Derecho Romano*, Ediciones Académicas S. A 2011. GARCÍA TUNÓN, A. M., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, dirigido por LORCA NAVARRETE, A. M., Valladolid 2000. GETE-ALONSO y CALERA, «Valoración y carga de la prueba en el Procedimiento Arbitral de Consumo», *Revista Estudios sobre Consumo*, núm. 52, INC, Madrid, 2000. GIMENO SENDRA, V. y CORAZÓN MIRA, R., «La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, núm. 6263, 30 de mayo de 2005. GONZALEZ CARRASCO Mª C. y MARIN LOPEZ M. J. «La Protección Jurídica del Paciente», obra dirigida por TOMILLO URBINA, J. y CAYON DEL LAS CUEVAS, J., Aranzadi 2010; «Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje», obra dirigida por José GARBERÍ LLOBREGAT, Bosch 2004. GORORDO BILBAO, J. M., *Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, Thomson Civitas 1.ª ed., 2005, págs. 536 y ss. GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956. GRAHAM, J., «La deslocalización del arbitraje virtual», *Revista de Derecho Informático*, núm. 40, 2001. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «Cooperación judicial: la integración de sistemas jurídicos en el ámbito de la Unión Europea», *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Eduardo Font Serra*, Madrid, 2004. GONZÁLEZ BILBAO, E., «Criterios para la gestión de los concursos filatélicos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 710, 27 de julio de 2006. GONZALEZ CANO, M. I., *La mediación penal para adultos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2009. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Aceleración de la Justicia civil en la Unión Europea», *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005. GONZÁLEZ VICENTE, P., «La mediación civil y penal: alternativas a la judicialización de conflictos: Mesa 1ª Mediación intrajudicial». *Estudios de Derecho Judicial*, 136. CGPJ. 2007. GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Editorial Iustel. 1ª Edición, 2007. GUILARTE ZAPATERO *Perspectivas y posibilidades del arbitraje en arrendamientos urbanos*, editado por la Corte Vasca de Arbitraje en

1992 (vol. El arbitraje en arrendamientos urbanos). HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., «Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el marco del sistema español de protección de los consumidores», *Revista de Derecho Universitat de Valencia* (Estudi general), núm. 2, 2003. ILLESCAS ORTIZ, R. «Los nuevos arbitrajes sectoriales», en FONT GALAN, J. I. (coord.) *Curso sobre el nuevo derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, *Arbitraje de Consumo: Pronunciamientos Judiciales*, Madrid, 1999. JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances», *Unión Europea Aranzadi*, 2005. JORGE MESAS, L. F. y GONZALEZ VIDOSA, F. «Mediación. Primera experiencia de adultos en España», *Revista del Poder Judicial* núm. 39, septiembre 1995. LA MONEDA DÍAZ, «El procedimiento en materia de Arbitraje de Consumo». Publicación de *ponencias* de las V Jornadas sobre Consumo en Extremadura, Junta de Extremadura, Cáceres, 2000. «La prueba en el Proceso Arbitral». Publicación de *ponencias* del I Curso de Arbitraje de Consumo en Extremadura, Junta de Extremadura, Mérida, 2002. LARA, R. «Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre el sistema y sobre el procedimiento arbitral de consumo», en *Anuario de Derecho Concursal*, 6, 2005. LASARTE ALVAREZ, C., *Estudio introductorio, Ley de Arrendamientos urbanos*, Tecnos legislación, Madrid 1994; *Manual sobre Protección de los Consumidores y Usuarios* 3ª edición, revisada por MORETON SANZ, Mª. F. Madrid, Dykinson 2007. LEÓN ARCE, A. *Derecho de los consumidores y usuario: doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios*, Valencia, 2000. LETE DEL RÍO, J. M., «Arbitraje de consumo», *Actualidad Civil*, 1998; «Los arrendamientos rústicos según la Ley de 26 de noviembre de 2003», *Actualidad Civil*, 2004. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 27 de marzo de 2003, núm. 571. LORCA NAVARRETE y OTROS, *Temas actuales de consumo: La resolución de conflictos en materia de consumo*, San Sebastián, 2001. LORCA NAVARRETE y MATHEUS LÓPEZ, C. A., *Tratado de derecho de arbitraje*, San Sebastián, 2003. LORCA NAVARRETE, A., en sus *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 2004. LOZANO ROMERAL, D. y DE FUENTES BARDAJÍ, *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Praxis, Barcelona, 1994. MALUQUER DE MOTES BERNET, *El Arbitraje de Consumo*, Tirant monografías. MANGAS MARTÍN, A., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006. MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación reparación y conciliación en el Derecho Penal*, editorial Comares, Granada, 2007. MANZANARES SAMANIEGO, «La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español», *Revista La Ley*, núm. 7232, septiembre de 2009. MARCOS FRANCISCO, D., «El arbitraje de consumo on line en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 96, 2008. MARÍN LÓPEZ, M. J., «El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales», *Aranzadi Civil*, núm. 17. «Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas», *Revista de Derecho Privado*, 2006; «Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral de consumo», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19, enero 2010. MARTIN DIZ, F., «Alternativas extrajudiciales para la resolución de

conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias», *La Ley* 2006; «La mediación: sistema complementario de administración de justicia». Premio Rafael Martínez Emperador 2009. *Centro de Documentación Judicial* (CGPJ). 2010; «Alternativas extrajudiciales para la resolución de los conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias». *Revista La Ley*, nº 6480, mayo 2006. MARTIN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO, «El convenio arbitral y sus efectos», *Comentario a la Ley de Arbitraje*. MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (Novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. MASSAGUER FUENTES, J. y PALAU, F., *Informe sobre «El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea»*, a petición del Instituto Nacional de Consumo, sitio web del *Instituto Nacional de Consumo*, Barcelona, agosto 2002. MASCARELL NAVARRO, M. J., «Comentario Breve a la Ley de Arbitraje», varios autores bajo la dirección de Montero Aroca, Juan, Ed. Civitas, Madrid, 1990. MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado, Thomson-Aranzadi, 2007. MERINO MERCHÁN, J. F., «El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado», en *Actualidad y Perspectiva del Derecho Público a fines del siglo XX* (Homenaje al Prof. Garrido Falla), Ed. Univ. Complutense, Madrid, 1992. MOJICA ARAQUE y MOLINA LOPEZ, *Justicia Restaurativa*, Sello Editorial, Medellín, 2005. MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, 15 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MERINO MERCHAN J. F. y TIRADO SUAREZ F. J., «Seguro del automóvil y arbitraje» *la Ley* 1981. MONTERO AROCA, J., «Art. 2», en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid: Civitas, 1990. MONTÓN GARCÍA, *Los Consumidores y Usuarios y la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2001. MONTÓN GARCÍA, L., «Legitimación de asociaciones y entidades para la defensa de intereses de consumidores y usuarios. Significación y consecuencias de los conceptos estar legalmente constituidas y ser representativas conforme a la Ley», *Diario La Ley*, núm. 6203, 4 de marzo de 2005. MORETÓN SANZ, M^a. F., «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como formula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión mortis causa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 721, pags.2331 a 2474. MORETÓN TOQUERO, M. A. «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador». *Estudios sobre la Mediación: La ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. MUÑOZ DE MORALES, «La aplicación del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco, ¿hacia el efecto directo? Especial referencia al caso Pupino», en *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, dirigido por ARROYO Y NIETO, Cuenca, 2007. MUÑOZ SABATÉ, L., «La Ley de arbitraje: un campo sembrado de minas», en *Arbitraje, mediación, conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995. NAVARRO LORENTE, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid 1999. OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje, una justicia alternativa: una visión histórica de la nueva Ley*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006. ORDEÑANA

GEZURAGA, I., «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *Diario la Ley*, núm. 7420, 2010. ORDOÑEZ SOLIS, D. «La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: “fuera de los tribunales también hay justicia”». *Revista La Ley*, nº 7165, abril de 2009. ORTIZ NAVACERRADA, S., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, obra dirigida por X. O' CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995. ORTUÑO MUÑOZ, J. P., «El proyecto de directiva europea sobre mediación», en *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, núm. V, Madrid, 2005. ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNANDEZ GARCIA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documentos de trabajo de la Fundación Alternativas 110/2007. PANTALEON PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *La Ley*, 1989. PERALES CASILLAS, P. «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal». *Revista La Ley*, nº 6035, junio de 2004. PÉREZ BENÍTEZ, J. J., «Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos», *Diario La Ley*, núm. 6.554, 21 de septiembre de 2006. PEREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la administración de justicia*. Editorial Tirant lo Blanc. 1ª Edición, 2008. PILOÑETA ALONSO, L. M., «El arbitraje en el transporte terrestre de mercancías», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999. POUS DE LA FLOR, M. P., (coord.), *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor*, Dykinson, 2009. Uned. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Una nueva regulación del arbitraje*, Madrid, 1954. QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO, *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/93 de 3 de mayo*, Pamplona, 1997. PUIG FERRIOL, L., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. por BERCOVITZ, R., Tecnos, Madrid, 1991. RAMOS MENDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Librería Bosch, Barcelona (3.ª ed.), REGLERO CAMPOS, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991. REYES LÓPEZ, Mª. J., *Derecho de consumo*, EGD, Valencia, 1993, y (Coord.) *Derecho de Consumo*, 2ª ed., Valencia 2002. RIOS MARTIN, PASCUAL RODRIGUEZ, BIBIANO GUILLEN, *La mediación penal y penitenciaria*, Colex 2006. RIOS MARTIN, J. C., «La mediación civil y penal. Dos años de experiencia. Conclusiones del curso sobre la alternativas a la judicialización de los conflictos dirigido a jueces de familia y penales», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, año 2007, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid 2008. RIOS MARTIN, J. C., «La mediación, instrumento de dialogo para la reducción de la violencia penal y penitenciaria». *La Ley Penal*, núm. 44, Sección Estudios, Diciembre 2007. ROBLES LATORRE, P., «Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles». *Revista de derecho privado*, noviembre-diciembre de 2008. ROCA AYMAR, J. L., «El arbitraje en las Cámaras de Comercio: nuevas tendencias y campos de actuación», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002. ROCA MARTÍNEZ, J. M., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992. RODRIGUEZ LAINZ, J. L., «Mediación penal y violencia de género», *Diario la Ley*, núm. 7557, enero 2011. ROXIN, C., *Derecho Penal Tomo I*, Editorial Civitas, 1997, Madrid. RUIZ ESPARZA, J. M. «Alternativas a la judicialización de los conflictos. La mediación civil y penal: un año de experiencia». *Estudios de Derecho Judicial*, 136. CGPJ. 2007. SAÉZ RODRIGUEZ, C., (Coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*.

Editorial Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos (Ministerio de Justicia). 1ª Edición, 2008. SAEZ VALCARCEL, R., «Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 111, año 2006, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid 2007. SALGADO LEDEZMA, E., «Medios alternos de resolución de controversias, una opción para modernizar la administración de la justicia», Conferencia Regional del Banco Mundial «Nuevos enfoques para atender la demanda de la justicia», mayo 10-12, 2001. SANCHEZ ALBORNOZ, C., «Sesión de trabajo sobre la mediación penal», CGPJ y Centro de Estudios de la Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000. SÁNCHEZ MELGAR, J., «La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Revista SEPIN*, PE-16 julio-agosto de 2005 (ref. SP/DOCT/2564). SAMANES ARA, C., «El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios», *Actualidad Civil*, 2004, núm. 2. SÁNCHEZ BLANCO, A., «El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial», *RAP*, 85, 1978. SERRA DOMÍNGUEZ, E., «El proceso arbitral», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969. SHOM, R., «Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema», *Revista de Derecho Privado*. Serie C.- Vol. I, 17ª edición, corregida por L. MITTEIS y sacada a la luz por L. WENGER, traducida del alemán por W. ROCES, 1928. SILGUERO ESTAGNAN, J., «Las acciones colectivas de grupo», *Aranzadi Civil*, núm. 22, 2003. SILVA ROMERO, E., Breves observaciones sobre la modernización del Arbitraje Internacional. «A propósito de la nueva Ley Española de Arbitraje», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 9, Madrid, septiembre-diciembre 2004. SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Editorial Tecnos. 1ª Edición, 2007. SOLSONA ABAD, F., *La mediación en la audiencia previa. La intervención de las partes y la mediación judicial*. En *Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 2008. SPINILLO, A., *International Arbitration in Latin America*, Netherlands, 2002. STAMPA CASAS, G. «Propuestas para la reforma de la Ley de Arbitraje» *La Ley* 21 mayo 2003. TASENDE CALVO, J. J. «El arbitraje de consumo. Objeto y exclusiones. El arbitraje de arrendamientos urbanos y el de transporte», *Actualidad Civil*, núm. 37, 13-19 de octubre de 1997, págs. 958 y ss. TOMILLO URBINA, J. L., «La protección de los consumidores como técnica de unificación del Derecho Privado», Primera Instancia, *Boletín Informativo del Ilre. Colegio de Abogados de Cantabria*. (Dir.): *Práctica Arbitral de Consumo*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007. TORRENS BARTOMEUS, «El fundamento de la creación del sistema arbitral de consumo en el marco de la administración», Directiva núm. 1, 1.er trimestre 1990. TORRES DEL MORAL, A., en *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3.ª ed., Madrid, 1992. VALENCIA MIRON, A., «Comentario a la disp. ad. 2.ª LA», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, con formularios y jurisprudencia coordinado por A. M. LORCA NAVARRETE, Dykinson, 1991. VALIN LOPEZ, M., «Especial Derecho del Consumo», *Cuadernos Jurídicos*, Revista mensual de Derecho, núm. 4 monográfico, enero 1993. VARIOS AUTORES, «El acceso de los consumidores a la Justicia», *Eroski, suplemento monográfico*, núm. 14, 1988. VARIOS AUTORES, *Comentarios al Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana* Servicio de Publicaciones de la Generalitat Valenciana, Valencia,

1993. VATTIER FUENZALIDA C., «Introducción y noción jurídica de consumidor». *Documentos Consumo, Junta de Castilla y León*, Valladolid, 1992, VERDERA SERVER, R., «Del convenio arbitral y sus efectos», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) Madrid 2006. VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en la *protección de las personas mayores*, LASARTE ALVAREZ (Dir.) Madrid 2007. VIRGÓS SORIANO, M., LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, FERNANDEZ BERGIA, A., RUEDA GARCIA J. A., *Crónica de legislación y jurisprudencia. Arbitraje*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 26, 2010. ZHER H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Intercouse PA, Good Books 2007. ZORRILLA, M. M., *Influencia de las predilecciones ideológicas en el ejercicio ordinario de la jurisdicción*, Estudios Deusto, Bilbao 1991. ZORRILLA RUIZ, M. M. y LLEDÓ YAGÜE, F., *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Dykinson, Madrid, 1998. XIOL RÍOS, J. A., «El Arbitraje y los Tribunales de Justicia». Ponencia de 9 de febrero de 2007 en el Club Español del Arbitraje. WLASSAK, V., *Zeitschr, d. Sav-Stift.* 1914.

ANEXO

RELACION CRONOLOGICA DE NORMAS

Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953.

Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 10 de junio de 1958.

Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961.

Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor.

Decreto-Ley 4/1965, de 22 de marzo, que desarrolla las condiciones generales de aplicación del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos a motor, aprobado por Decreto 3787/1964, de 19 de noviembre, modificado por Decreto 1199/1965, de 6 de mayo, y Real Decreto 1653/1980, de 4 de julio.

Carta del Consumidor de 1973, del Consejo de Europa.

Resolución del Consejo de Europa de 14 de abril de 1975.

Orden Ministerio de Hacienda de 31 de mayo de 1977, sobre la póliza uniforme del seguro obligatorio de automóviles.

Decreto 632/1968, aprobando el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor.

Real Decreto 753/1978, de 27 de marzo, aprueba el reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro.

Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia.

Decisión 81/428/CEE, de 20 de mayo, sobre des Chambres de Commerce et d'Industrie de la CEE.

Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cantabria, modificado por LO 11/1998, de 30 de diciembre.

Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Rioja.

Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de Murcia.

Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias.

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, sobre apartamentos turísticos.
Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura.
Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Madrid.
Recomendación (83) 7 de 23 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado.
Directiva 84/450/CEE, de 19 de septiembre, sobre publicidad engañosa.
Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL de 21 de junio de 1985, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, recomendada por Resolución de la Asamblea General en Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985.
Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
Recomendación (85) 2 de 28 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal.
Declaración de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985, sobre los principios fundamentales de la Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.
Directiva 1985/577/CEE, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales.
Recomendación (86)12, del Consejo de Ministros de los Estados miembros, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales.
Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de facultades del Estado a las Comunidades Autónomas las funciones de las Juntas Arbitrales de Transporte.
Recomendación (87) 18 de 17 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la simplificación del proceso penal.
Recomendación (87) 21 de 17 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre asistencia a la víctimas y la prevención de la victimización.
Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.
Real Decreto 1546/1988, de 23 de diciembre, que eleva los límites de indemnización del seguro de responsabilidad civil derivado del uso y circulación de vehículos a motor.
Real Decreto 515/1989, de 22 de junio, sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la venta y arrendamientos de viviendas.
Directiva 90/232/CEE, de 14 de mayo sobre el seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles.
Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, por el que se reguló el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores a través de sus asociaciones.

Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Directiva 90/618/CEE, de 8 de noviembre sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en el sector del automóvil.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991, dando publicidad al sistema de valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad civil ocasionado por medio de vehículos a motor.

Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992.

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Real Decreto 1559/1992, de 18 de diciembre, que eleva el importe máximo de la cobertura por daños personales en materia de seguro obligatorio del automóvil.

Ley 3/1993, de 22 de Marzo, Básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las Clausulas Abusivas en Contratos celebrados con los Consumidores.

Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, del Sistema de Arbitraje de Consumo.

Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CE sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta.

Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla.

Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados.

Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Decreto de Cantabria 121/1996, de 29 de noviembre, para la ejecución de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Directiva 1997/7/CEE, de 20 de mayo, en materia de venta a distancia.

Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

Recomendación (98)1, de 21 de enero de 1998 del Consejo de Europa, sobre la Mediación familiar.

Decisión de 14 de janvier de 1998, sur la recevabilité de la Comisión Européenne des Droits de L`Homme.

Ley 1/1998, de 10 de marzo, de proteccion y defensa de los Consumidores y Usuarios de Baleares.

Recomendación 98/257/CEE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los Principios Aplicables a los Organos Responsables de la Solucion Extrajudicial de los Litigios en Materia de Consumo.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Ley 6/1998, de 15 de mayo, del Estatuto del Consumidor y Usuario en Cantabria.

Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Ley 11/1998, de 9 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Madrid.

Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de usu turístico.

Directiva 1999/44/CE, de 7 de julio, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Resolución 1999/26, de 28 de julio, del Consejo Economico y Social de las naciones Unidas, sobre el desarrollo y aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal.

Recomendación (99) 19 de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la Responsabilidad Penal del Menor

Reglamento 1346/2000/CE, de 29 de mayo, sobre procedimiento de insolvencia.

Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos juridicos de los servicios de a sociedad de información en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Resolución 2000/14, de 7 de julio, del Consejo Economico y Social de las naciones Unidas, sobre principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva.

Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes.

Decisión Marco 2001/220 del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

Orden Ministerial de 30 de marzo de 2001, que se regulan las funciones de depósito y enajenación de mercancías por las Juntas de Transporte.

Recomendación 2001/310/CEE, de 4 de abril, relativa a los Principios Aplicables a los Organos Extrajudiciales de Resolución Consensual de Litigios en Materia de Consumo.

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia.

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria de Madrid.

Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria.

Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas Comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de protección y defensa de los Consumidores y Usuarios de Asturias.

Ley 3/2003, de 12 de febrero, de protección y defensa de los Consumidores y Usuarios de Canarias.

Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar de Canarias

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma (actuales 238, 239 y 230 TCE).

Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de protección y defensa de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios del País Vasco.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Decreto de Cantabria 60/2004, de 17 de junio, de desarrollo de la Ley 1/2002, de 26 de febrero del comercio de Cantabria.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificado por Ley 21/2007, de 11 de julio, que establece el importe máximo de la cobertura.

Ley 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley 4/2005, de 24 de marzo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha.

Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales.

Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, ratificando el Tratado de Roma de 29 de octubre de 2004.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Ley 11/2005, de 15 de diciembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla-La Mancha.

Ley 1/2006, de 7 de marzo de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria.

Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

Recomendación (2006) 8, de 14 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las víctimas.

Ley 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Navarra.

Ley 8/2006, de 27 de junio, de Estructuras Comerciales de Cantabria.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, que modifica el art. 9 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Decisión 1926/2006/CE de 18 de diciembre, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (periodo 2007-2013)

Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón.

Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior.

Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios en cuanto a la sumisión a arbitrajes privados.

Ley 1/2007, de 21 de febrero de la Comunidad de Madrid.

LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Illes Balears.

Libro Verde sobre revisión del acervo en materia de consumo, Diario Oficial de la UE de 15 de marzo de 2007.

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Ley 3/2007, de 23 de marzo de Mediación Familiar del Principado de Asturias.

Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell de Valencia.

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Decreto 144/2007, de 24 de mayo por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Mediación Familiar de Canarias.

Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Real Decreto 817/2007, de 22 de junio, por el que se traspasan las funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco.

Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Decreto C.A. Vasca 232/2007, de 18 de diciembre, por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos.

Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueba el Sistema Arbitral de Consumo.

Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo.

Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación financiera.

Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, sobre Arbitraje Electrónico, por el que se modifica el R. Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad y Directiva 2009/73/CE de la misma fecha, sobre normas comunes del mercado interior del gas natural.

Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ambito del Derecho Privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales.

Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

Ley de Cantabria 2/2010, de 4 de mayo para la modificación de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del comercio minorista de Cantabria.

Ley 22/2010, de 20 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cataluña.

Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2010, sobre aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ley 14/2010, de 9 de diciembre de Mediación Familiar de las Illes Balears.

Ley 1/2011, de 22 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Valencia.

Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal
Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ley 2/2012, de 28 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Galicia.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, que sustituye la Decisión Marco 2001/220, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CEE.

Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por que se desarrollan determinados aspectos de Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, sobre la cuantía de las indemnizaciones en materia de seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos automóviles.

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE 6 de abril de 1962 (*Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en uitdenbogerd/Bosch*)

STJUE 30 de junio de 1966 (*Vaassen/Direction du Baembtendfonds voor het mejnbedrijf*)

STJUE 11 de diciembre de 1973 (*Lorenz y Nordsee*)

STJUE 16 de diciembre de 1976 (*Rewe y Comet*)

STJUE 27 de marzo de 1980 (*Denkavit*)

STJUE 23 de marzo de 1982 (*Nordsee*)

STJUE 6 de octubre de 1982 (*Cilfit*)

STJUE 9 de noviembre de 1983 (*Administración de Hacienda c. San Giorgio*)

STJUE 19 de noviembre de 1991 (*Francovich*)

STJUE 5 de marzo de 1996 (*Brasserie de Pêcheur y Factortame III*)

STJUE 7 de marzo de 1996 (*El Corte Inglés c. Cristina Blázquez Rivero*)

STJUE 3 de julio de 1997 (*Francesco Benincasa c. Dentalkit SRL*)

STJCUE 28 abril 1998 (*Javico/Yves Saint Laurent Parfums*)

STJUE 4 de mayo de 1999 (*Windsurfing Chiemsee*)

STJUE 1 junio 1999 (*Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV, Rec*)

STJUE 22 de junio de 1999 (*Lloyd Schunfabrik Meyer*)

STJUE 27 de junio de 2000 (*Océano Grupo Editorial S.A. y Salvat Editores*)

STJUE 22 de noviembre de 2001 (*Cape/Idealservice*)

STJUE 21 de noviembre de 2002 (*Cofidis*)

STJUE 13 de enero 2004 (*Kühne & Heitz*)

STJUE 20 de enero de 2005 (*Johann Gruber*)

STJUE 17 de marzo de 2005 (*Belgium BVBA y otros*)

STJUE 27 de enero de 2005 (*Denuit*)

STJUE 16 de marzo de 2006 (*Kapferer*)

STJUE de 16 de junio de 2005 (*caso Pupino*)

STJUE de 19 de septiembre de 2006 (*Germany GMBH*)

STJUE de 26 de octubre de 2006 (*Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium S. L.*)

STJUE de 14 de junio de 2012 (*asunto C-618 Banco Español de Crédito*)

STJUE de 17 de julio de 2014 (*clausulas abusivas en procedimientos de ejecucion hipotecaria*)

Tribunal Constitucional Español

STC 37/1981, de 16 de noviembre

STC 10/1982, de 23 de marzo

STC 71/1982, de 30 de noviembre

STC 15/1984, de 6 de febrero

STC 95/1984, de 18 de octubre

STC 14/1986, de 31 de enero

STC 88/1986, de 1 de julio

STC 112/1987, de 2 de julio

STC 66/1988, de 14 de abril

STC 43/88, de 16 de marzo

STC 222/1988, de 24 de noviembre

STC 237/1988, de 13 de diciembre

STC 15/1989, de 26 de enero

STC 101/1989 de 5 de junio

STC 6/1990, de 18 de enero

STC 64/1990, de 5 de abril

STC 62/1991, de 22 de marzo

STC 121/1992, de 28 de septiembre

STC 156/1993, de 6 de mayo

STC 174/1995, de 23 de noviembre

STC 107/1996, de 12 de junio

STC 88/1996, de 1 de julio
STC 176/1996, de 11 de noviembre
STC 13/1997, de 27 de enero
STC 37/1997, de 27 de febrero
STC 133/1997, de 16 de julio
STC 127/1999, de 1 de julio
STC 202/2002, de 28 de octubre
STC 47/2004 de 29 de marzo
STC 157/2004, de 21 de septiembre
STC 243/2004, de 16 de diciembre
STC 9/2005, de 17 de enero
STC 135/2006, de 27 de abril
STC 31/2010, de 28 de junio
STC 66/2010, de 18 de octubre
STC 94/2010, de 15 de noviembre
STC 136/2010, de 2 de diciembre

Tribunales de otras Naciones y organismos internacionales

United States Supreme Court, Sentencia de 2 Julio 1985 (*Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*)
Tribunal Federal Distrito de Puerto Rico, Decisión de 17 noviembre 1989
Corte de Apelación de París, Decisión de 16 febrero 1989 (*Almira Films*)
Corte de Apelación de París, Decisión de 29 marzo 1991 (*Ganz*)
Corte de Apelación de Bolonia, Decisión de 14 de octubre de 1991 (*Yearbook*)
Tribunal Federal Suizo, Sentencia de 28 abril 1992 (*Société G. v. Société*)
Corte de Apelación de París, Decisión de 14 de octubre de 1993 (*Aplix/Velero*)
Sentencia del Tribunal Supremo de Australia de 7 de abril de 1995 (*Esso Australia Resources/BHP v. Plowman*)
Corte de Apelación del Oeste de Suecia, Decisión de 29 de diciembre de 2003, (*Dirland Télécom SA v. Viking Télécom AB*)

Cámara de Comercio Internacional

CCI núm. 1397/1966

CCI núm. 2811/1979

CCI núm. 4604/1984

CCI núm. 6503/1990

CCI núm. 6614/1991

CCI núm. 7673/1993

CCI núm. 7539/1995

CCI núm. 8423/1998

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

STS de 13 de julio de 1904

STS de 19 de febrero de 1965

STS de 19 de octubre de 1968

STS de 27 de septiembre de 1971

STS de 21 de enero de 1975

STS de 1 de junio de 1976

STS de 21 de febrero de 1977

STS de 9 de octubre de 1978

STS de 20 de mayo de 1982

STS de 2 de febrero de 1983

STS de 9 de febrero de 1984

STS de 2 de julio de 1984

STS de 6 de octubre de 1987

STS de 20 de noviembre de 1989

STS de 5 de febrero de 1992

STS de 23 de mayo de 2002

STS de 21 de septiembre de 2004

STS de 5 de septiembre de 2006

STS de 6 de octubre de 2006

STS de 10 de abril de 2007

STS de 2 de julio de 2007

STS de 3 de julio de 2007

STS de 5 marzo de 2010

STS de 20 de mayo de 2010

Auto TS de 23 de mayo de 1985

Auto TS de 24 noviembre 1998

Auto TS de 18 de abril de 2000

Auto TS de 20 de junio de 2000

Auto TS de 13 de noviembre de 2001

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)

STS de 18 de octubre de 1999

STS de 4 de febrero de 2000

STS de 21 de julio de 2000

STS de 19 febrero 2001

STS de 24 de octubre de 2001

STS de 30 abril 2002

STS de 20 de octubre de 2006

STS de 11 de febrero de 2009

STS de 9 junio de 2009

STS de 3 de noviembre de 2009

STS de 11 diciembre de 2009

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2013

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

STS (Secc. 6ª) 7 de julio de 2008

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de noviembre de 2000

STSJ de Extremadura, sec. 1ª, de 28 de junio de 2012

STSJ de Cataluña, sec. 1ª, de 10 de enero de 2013

STSJ de Galicia, sec. 1ª, de 13 de febrero de 2013

STSJ de Cataluña, sec. 1ª, de 28 de febrero de 2013

STSJ de Baleares, sec. 1ª, de 19 de marzo de 2013

STSJ de Andalucía (sede Granada), sec. 1ª, de 19 de abril de 2013

STSJ de Galicia, sec. 1ª, de 2 de mayo de 2013

STSJ de Cataluña, sec. 1ª, de 6 de junio de 2013

STSJ de Valencia, sec. 1ª, de 24 de julio de 2013

STSJ de Canarias (sede Las Palmas), sec. 1ª, de 25 de noviembre de 2013

STSJ de Baleares, sec. 1ª, de 10 de diciembre de 2013

STSJ de Galicia, sec. 1ª, de 23 de enero de 2014

Audiencias Provinciales

SAT Burgos de 8 de septiembre de 1987

SAT Palma de Mallorca de 13 de abril de 1988

SAP Cádiz de 12 de junio de 1991

SAP Zaragoza de 6 de septiembre de 1991

SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 25 de julio de 1996

SAP Castellón de 27 de marzo de 1998

SAP Madrid (Secc. 14) de 20 de enero de 1999.

SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de junio de 1999

SAP Lérida de 3 de septiembre de 1999
SAP de Guipúzcoa (Secc. 3ª) de 12 de junio de 2000
SAP Asturias (Secc. 1ª) de 2 de febrero de 2001
SAP Murcia de 14 de marzo de 2001
SAP Cantabria (Secc. 3ª) de 31 de julio de 2001
SAP Granada de 26 de noviembre de 2001
SAP Madrid (Secc. 14ª), de 29 de enero de 2002
SAP Baleares (Secc. 5ª) de 31 de octubre de 2002
SAP Zaragoza (Secc. 4ª) de 21 de enero de 2003
SAP Tarragona de 28 de enero de 2003
SAP Asturias (Secc. 5ª) de 30 de septiembre de 2003
SAP Zaragoza de 4 de noviembre de 2003
SAP Sevilla (Secc. 5ª) de 22 de enero de 2004
SAP Asturias de 20 de enero de 2004
SAP Sevilla de 22 de enero de 2004
SAP de Murcia (Secc. 4ª) de 30 de enero de 2004
SAP Barcelona (Secc. 14ª) de 30 de enero de 2004
SAP Barcelona (Secc. 14ª) de 9 de febrero de 2004
SAP Murcia (Secc. 1ª) de 23 de marzo de 2004
SAP Girona de 24 de marzo de 2004
SAP Almería de 15 de abril de 2004
SAP Barcelona (Secc. 14ª) de 23 abril 2004
SAP Madrid (Secc. 13ª) de 11 de mayo de 2004
SAP Valencia de 22 de junio de 2004
SAP Barcelona (Secc. 14ª) de 2 de julio de 2004
SAP Sevilla de 24 de septiembre de 2004
SAP Asturias de 18 de noviembre de 2004
SAP Tarragona (Secc. 3ª) de 3 de enero de 2005
SAP Zaragoza (Secc. 2ª) de 25 de enero de 2005

SAP Tarragona de 31 de enero de 2005
SAP La Rioja de 5 de abril de 2005
SAP Murcia (Secc. 4ª) de 22 de junio de 2005
SAP Madrid (Secc. 11ª) de 19 de septiembre de 2005
SAP Madrid Secc. (19ª) de 11 de noviembre de 2005
SAP Burgos (Secc. 3ª) de 14 de diciembre de 2005
SAP Madrid (Secc. 11ª) de 12 de enero de 2006
SAP Madrid (Secc. 19ª) de 29 de marzo de 2006
SAP Almería (Secc. 3) de 15 de abril de 2006
SAP Alicante (Secc. 5ª) de 25 de mayo de 2006
SAP Zaragoza (Secc. 2ª) de 11 de octubre de 2006
SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 23 de octubre de 2006
SAP Almería (Secc. 3ª) de 2 de noviembre de 2006
SAP Castellón de 24 de septiembre de 2007
SAP Valencia (Secc. 9ª) de 23 de junio de 2008.
SAP Madrid (Secc. 19ª) de 22 de enero de 2009
SAP Madrid (Secc. 28ª) de 14 de diciembre de 2009
SAP Pontevedra (Secc. 1ª) de 21 de enero de 2010
SAP Valladolid (Secc. 2ª) de 30 de abril de 2012

Auto AP Madrid (Secc. 21ª) de 15 de febrero de 2005
Auto AP Madrid (Secc. 14ª) de 29 de septiembre de 2005,
Auto AP Madrid (Secc. 21ª) de 19 de junio de 2007

Juzgados de Primera Instancia

S. Gijón nº 5 de 15 de abril de 1986
S. Barcelona nº 7 de 25 de noviembre de 1986

S. Madrid nº 20 de 3 de febrero de 1987

S. Avilés nº 2 de 12 de marzo de 1987

S. Barcelona nº 21 de 17 de octubre de 2003

Auto Madrid nº 69 de 28 de junio de 1999

Auto Madrid nº 42 de 12 de marzo de 2004

Auto Madrid nº 42 de 21 de junio de 2006

Juzgados de lo Mercantil

S. Málaga nº 1 de 27 de abril de 2005

S. Santander nº 1 de 17 de septiembre de 2012

Auto Cádiz de 4 de febrero de 2004