



**UNIVERSIDAD DE ALMERÍA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS DOCTORAL**

**SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE  
CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO**

**JESÚS DEL ÁGUILA MARTÍNEZ**

**ALMERÍA, ABRIL DE 2022**



**UNIVERSITY OF ALMERÍA**

**FACULTY OF LAW**



**UNIVERSITÀ DI ALMERÍA**

**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION FOR  
CONSUMER DISPUTES**

**SOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DEI  
CONFLITTI IN MATERIA DI CONSUMATORI**

**JESÚS DEL ÁGUILA MARTÍNEZ**

**ALMERÍA, ABRIL DE 2022**



Tesis Doctoral presentada por el Gdo. JESÚS DEL ÁGUILA MARTÍNEZ para la obtención del grado de Doctor, realizada bajo la dirección de la DRA. D.<sup>a</sup> RAQUEL DOMINICA BONACHERA VILLEGAS, y desarrollada dentro del Programa de Doctorado en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas (RD 99/11).

Vº.Bº. DIRECTORA

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	17
<b>RIEPILOGO</b> .....	21
<b>SIGLAS Y ABREVIATURAS</b> .....	29
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	33

### CAPÍTULO PRIMERO

#### CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS MÉTODOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO

<b>I. NECESARIA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS</b> ...41	
<b>II. REVISIÓN DEL ACERVO NORMATIVO</b> .....	43
1. MARCO NORMATIVO GENERAL DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA .....	43
2. EL IMPULSO DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS .....	47
<b>III. EL NACIMIENTO DE LAS ADR EN MATERIA DE CONSUMO</b> .....	55
1. NOCIONES Y ORÍGENES DE LAS ADR.....	55
2. FUNDAMENTOS E INTEPRETACIÓN.....	56
<b>IV. ESPECIALIDADES DE LAS RELACIONES DE CONSUMO</b> .....	61
1. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR O USUARIO EN VIRTUD DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS .....	62
1.1.1. El concepto de consumidor persona física.....	65
1.1.2. El concepto de consumidor persona jurídica .....	71
1.1.3. Los entes sin personalidad jurídica consumidores.....	75
2. CONCEPTO DE EMPRESARIO EN LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	76
3. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO .....	78

3.1. Tutela colectiva judicial .....	78
3.2. Tutela colectiva extrajudicial .....	83
<b>V. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA EUROPEA .....</b>	<b>86</b>
1. LA DIRECTIVA 2013/11/UE .....	86
1.1. Consideraciones previas .....	86
1.2. El procedimiento para la acreditación de las entidades de resolución alternativa .....	89
2. EL REGLAMENTO 524/2013: LA PUESTA EN MARCHA DE LA PLATAFORMA « <i>TU EUROPA</i> » .....	94
3. EL ENFOQUE SUBJETIVISTA DE LA NORMATIVA EUROPEA Y SU PROTECCIÓN EN ESPAÑA .....	99
<b>VI. LA LEY 7/2017 RELATIVA A LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO .....</b>	<b>102</b>
1. CONSIDERACIONES GENERALES .....	102
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN .....	106
2.1. Ámbito territorial.....	107
2.2. Ámbito objetivo.....	113
2.3. Ámbito subjetivo .....	125
2.3.1. Concepto de consumidor .....	125
2.3.2. Concepto de empresario .....	126
3. DERECHO APLICABLE A LAS RELACIONES DE CONSUMO .....	127
<b>VII. REQUISITOS Y PRINCIPIOS EXIGIBLES A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO .....</b>	<b>129</b>
1. PRINCIPIOS Y REQUISITOS EXIGIBLES AL ÓRGANO EXTRAJUDICIAL .....	130
1.1. Principios de independencia, imparcialidad y desinterés objetivo.....	130
1.2. Condiciones y conocimientos especializados .....	135

2. PRINCIPIOS PROYECTADOS EN LAS ENTIDADES, EN LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES Y EN LAS PARTES .....	136
2.1. Principio de voluntariedad y libertad .....	136
2.2. Principio de transparencia e información .....	140
2.3. Principio de eficiencia y sus manifestaciones .....	143
2.4. Principios de equidad, contradicción e igualdad .....	146
2.5. Principio de confidencialidad y derecho a la protección de datos de carácter personal .....	148

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **FÓRMULAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO**

<b>I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL .....</b>	<b>155</b>
1. LA AUTOCOMPOSICIÓN Y LA HETEROCOMPOSICIÓN .....	158
2. LAS RECLAMACIONES <i>SEUDO-ADMINISTRATIVAS</i> .....	163
2.1. Las oficinas de información y reclamación al servicio de los consumidores .	164
2.2. Otras reclamaciones de carácter <i>seudo-administrativo</i> ante las entidades de supervisión .....	166
2.2.1. Las reclamaciones en materia financiera .....	168
2.2.2. Las reclamaciones ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea .....	171
<b>II. FÓRMULAS AUTOCOMPOSITIVAS .....</b>	<b>176</b>
1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.....	177
1.1. Concepto.....	177
1.2. Marco normativo nacional y supranacional .....	179
1.3. Los códigos de conducta en la Ley de Competencia Desleal .....	182
1.3.1. La obligación de la reclamación previa al ejercicio de acciones .....	183
1.3.2. La confluencia con un procedimiento administrativo sancionador .....	184



1.4. AUTOCONTROL: órgano de control de cumplimiento de las prácticas comerciales desleales y de la publicidad.....	187
1.5. El Jurado de la Publicidad.....	190
1.5.1. Funciones.....	191
1.5.2. La Sección Séptima: una “Sección especializada”.....	196
1.6. Tramitación de la reclamación.....	199
1.6.1. Admisión a trámite de la reclamación y su resolución.....	201
A) Admisión a trámite de la reclamación.....	202
B) El control de cumplimiento de la resolución.....	206
1.7. El arbitraje publicitario.....	207
1.8. El servicio de mediación por la recepción de publicidad no deseada.....	209
2. LA NEGOCIACIÓN <i>VERSUS</i> LA NEGOCIACIÓN ASISTIDA.....	209
2.1. Concepto.....	209
2.2. El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cláusulas suelo.....	213
2.2.1. Antecedentes.....	213
2.2.2. Insuficiencias detectadas en la norma.....	216
A) La regulación por el procedimiento de urgencia.....	216
B) Ineficacia de la publicidad.....	217
C) La potestad resolutoria de la entidad financiera.....	219
D) Dudas que plantea su naturaleza jurídica.....	220
E) Dudas que plantea el ámbito de aplicación.....	221
F) Efectos de la reclamación sobre los procesos judiciales.....	226
G) Las medidas compensatorias distintas de la entrega en efectivo.....	229
H) Efectos de la resolución de la reclamación, y la viabilidad de un monitorio en esta materia.....	230
I) La excepción al criterio de vencimiento en la condena en costas procesales.....	231
2.2.3. La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de septiembre de 2021.....	238

2.3. LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA .....	244
2.3.1. Naturaleza jurídica .....	247
2.3.2. Régimen jurídico .....	250
2.3.3. Las Oficinas de Intermediación Hipotecaria .....	252
2.3.4. Aspectos comunes a toda intermediación hipotecaria .....	255
2.3.5. Fases del procedimiento .....	261
A) El inicio del procedimiento: la solicitud del deudor hipotecario y la documentación que la acompaña .....	261
B) La fase de admisión a trámite por la Oficina de Intermediación Hipotecaria .....	263
C) La notificación a la entidad financiera y las medidas que pueda adoptar .....	264
D) Suspensión del lanzamiento .....	267
E) La terminación de la negociación asistida .....	268
2.3.6. Especialidades de algunos procedimientos de intermediación hipotecaria .....	270
A) La intermediación catalana .....	270
B) La intermediación andaluza .....	276
3. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO .....	277
3.1. Antecedentes .....	277
3.2. Concepto .....	280
3.3. La mediación de consumo en la normativa autonómica .....	281
3.4. La mediación de consumo como sistema autónomo e independiente .....	282
3.5. El mediador de consumo .....	284
3.5.1. Posición, requisitos y principios .....	284
3.5.2. El mediador y las cláusulas abusivas .....	288
3.6. La mediación de consumo energética .....	288
4. LA CONCILIACIÓN .....	294
4.1. Evolución .....	294

4.2. Delimitación conceptual.....	298
4.3. La protección del consumidor en los expedientes de jurisdicción voluntaria y en los actos de conciliación notarial y registral .....	304
4.3.1. Las conciliaciones extrajudiciales .....	305
A) La conciliación notarial .....	305
B) La conciliación registral.....	306
4.3.2. Exclusión del contrato de consumo en el procedimiento de reclamación de deudas dinerarias no contradictorias.....	309
A) El expediente del ofrecimiento de pago y la consignación.....	309
B) El expediente de reclamación de deudas dinerarias no contradichas.....	310
C) El expediente de venta extrajudicial hipotecaria.....	312
<b>III. FÓRMULAS HETEROCOMPOSITIVAS: EL ÁRBITRAJE .....</b>	<b>321</b>
1. EL ARBITRAJE DE CONSUMO.....	321
1.1. Introducción .....	321
1.2. Ámbito de aplicación .....	326
1.2.1. Ámbito objetivo .....	326
1.2.2. Ámbito subjetivo .....	328
1.2. Los pactos de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo y las cláusulas abusivas .....	329
1.3. Carácter preferente del arbitraje de consumo en equidad .....	331
1.4. El procedimiento arbitral.....	333
1.4.1. El procedimiento ordinario .....	333
1.4.2. El arbitraje de consumo colectivo.....	340
A) Naturaleza jurídica .....	341
B) El procedimiento arbitral colectivo.....	345
1.5. La tutela cautelar .....	349
2. OTROS ARBITRAJES EN MATERIA DE CONSUMO.....	351
2.1. El arbitraje en materia de seguros .....	351

2.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2018.....	353
<b>IV. PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA .....</b>	<b>355</b>
1. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL SECTOR FINANCIERO .....	355
1.1. Las quejas y reclamaciones de los usuarios de los servicios financieros ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones .....	357
1.1.1. La legitimación para formular las quejas y reclamaciones.....	358
1.1.2. Procedimiento para la tramitación de las reclamaciones .....	359
1.1.3. La tramitación .....	360
A) Fase preparatoria.....	360
B) Fase de sustanciación .....	364
1.2. Las quejas y reclamaciones en el sector financiero ante otras entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo.....	370
1.3. El proyecto de Ley para la creación de la autoridad administrativa independiente del cliente financiero .....	372
2. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL SECTOR AEROPORTUARIO.....	377
2.1. Consideraciones previas .....	377
2.2. Naturaleza jurídica .....	382
2.3. El proyecto de Orden Ministerial tras la reforma operada por la Ley 3/2020 .....	388
2.3.1. Ámbito de aplicación .....	388
A) Ámbito territorial .....	389
B) Ámbito objetivo .....	391
C) Ámbito subjetivo.....	393
2.3.2. Procedimiento .....	396

3. Las reclamaciones aeroportuarias ante otras entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo distintas de AESA .....	403
<b>V. LAS RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE CONSUMO Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN</b> .....	407
1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>VERSUS</i> LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN .....	407
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONSUMO .....	411
3. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONSUMO: ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.....	414
3.1. La potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas.....	421
3.2. La potestad sancionadora por prácticas comerciales desleales .....	422
4. LA ACCIÓN CIVIL EN VÍA ADMINISTRATIVA .....	425

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **PROYECCIÓN DE FUTURO DE LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS**

<b>I. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA</b> .....	435
1. INTRODUCCIÓN .....	435
1.1. Los medios adecuados de solución de controversias .....	441
1.1.1. Concepto y caracteres .....	444
1.1.2. Ámbito material en el que han de desenvolver los medios adecuados de solución de controversias.....	447
A) Ámbito objetivo .....	448
B) Ámbito territorial .....	451
C) Ámbito subjetivo.....	453

3. POSTULACIÓN EN LOS MASC .....	456
3.1. Intervención preceptiva de letrado .....	456
3.2. Los honorarios de los profesionales y los costes del tercero neutral .....	457
4. LA SUBSANACIÓN DEL VICIO DE PROCEDIBILIDAD .....	458
5. EFECTOS DE LA NEGOCIACIÓN .....	459
5.1. Terminación sin acuerdo .....	459
5.2. Terminación con acuerdo: la formalización de la actividad negocial .....	461
6. LOS MASC EN LÍNEA .....	462
7. EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD QUE RIGE EN LOS MASC .....	462
8. MODALIDADES DE MASC INTRODUCIDAS Y DESARROLLADAS POR EL ANTEPROYECTO .....	464
8.1. La reclamación previa por la introducción de cláusulas suelo en los contratos con garantía hipotecaria .....	464
8.2. La conciliación privada .....	466
8.2.1. Requisitos .....	468
8.2.2. Funciones .....	470
8.3. La oferta vinculante confidencial .....	471
8.4. La opinión de un experto independiente .....	472
9. LA CREACIÓN DE LA UNIDAD DE MASC EN LAS DEPENDENCIAS JUDICIALES .....	473
10. INCIDENCIA DEL ANTEPROYECTO EN LAS LEYES PROCESALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL .....	474
10.1. El auxilio de los tribunales en la tutela cautelar .....	475
10.2. La acreditación del requisito de procedibilidad .....	477
10.3. Modificación de la audiencia previa y la vista en orden a potenciar los actos de disposición sobre el objeto del proceso .....	478
10.4. Modificación del régimen general de condena en costas .....	480

10.4.1. La actividad negocial y el concepto de abuso de servicio público de Justicia: modificación del régimen general de condena en costas en primera instancia.....	483
10.4.2. Partidas incluidas: intervención facultativa de abogado y procurador y las especialidades cuando asista a un consumidor en los MASC .....	487
10.4.3. Impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación .....	488
11. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE MEDIACIÓN .....	488
<b>II. LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .....</b>	<b>496</b>
1. ANTECEDENTES .....	496
1.1. La propuesta de Directiva sobre acciones colectivas de 11 de abril de 2018 .....	496
1.2. Enmiendas a la propuesta de Directiva 2018: el documento de 26 de marzo de 2019.....	502
2. LA DIRECTIVA 2020/1828, RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020.....	504
3. MÉTODO INDUCTIVO EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .....	508
3.1. La habilitación de las futuras entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación en España .....	510
3.1.1. Concepto y presupuestos procesales para actuar como entidad habilitada .....	510
3.1.2. Legitimación para actuar en sede administrativa.....	515
3.1.3. Legitimación para adoptar acuerdos colectivos.....	517
3.1.4. Métodos extrajudiciales en materia de consumo en los que podría plantearse la acción colectiva .....	521

<b>CONCLUSIONES</b> .....	525
<b>CONCLUSIONI</b> .....	545
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	565
<b>ANEXO</b> .....	585





## RESUMEN

La tesis doctoral que se presenta tiene por objeto analizar el tratamiento sustantivo y procesal de los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Se realiza un análisis completo de la evolución de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR), de su impulso desde las instituciones europeas, así como de las distintas reformas legales acometidas por el legislador para acomodar la normativa española a la normativa europea; al tiempo que hacemos alusión a las modificaciones que se han introducido desde que se declarara el estado de alarma a causa de la pandemia sanitaria ocasionada por el Covid-19, poniendo el acento en la necesidad de proteger al consumidor como parte débil de la relación jurídica de consumo.

A nivel nacional, los métodos alternativos de resolución de conflictos se regulan con carácter general en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. En esta ley, se regulan los requisitos y principios que deben cumplir las entidades de resolución alternativa encargadas de llevar a cabo el procedimiento extrajudicial, especialmente, el procedimiento para que estas entidades obtengan la condición de entidad acreditada, en tanto que deja en manos de otras normas sectoriales la regulación de los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo. Procedimientos que en la mayoría de los casos ya estaban en funcionamiento en España con carácter previo a la entrada en vigor de aquella norma.

Si bien es cierto que esta norma no enumera ni conceptualiza métodos concretos de resolución de conflictos, sí que clasifica los diferentes mecanismos de resolución alternativa de conflictos en dos grandes categorías: en primer lugar, regula los métodos vinculantes o no vinculantes, dependiendo de la eficacia que cabe dispensar a la solución del conflicto, instrumentada en un laudo arbitral, en una resolución o en un convenio entre las partes, así como de la posición que ocupa el tercero. Siendo métodos con resultado vinculante, aquellos que finalicen con la imposición a cualquiera de las partes de la solución al conflicto, conlleven estos o no la renuncia a la vía judicial [*ex art. 2, k) LRACMC*], en tanto que serán procedimientos con resultado no vinculante, aquellos que finalicen con un acuerdo alcanzado entre las partes, adoptado por sí mismas o mediante la intervención de un tercero o que terminan con una propuesta de solución, con independencia de que las partes

posteriormente otorguen al acuerdo fuerza vinculante o se comprometan a aceptar la proposición que realiza el tercero encargado a llevar a cabo la resolución del conflicto [*ex art. 2, l) LRACMC*]; y,

En segundo lugar, regula los métodos obligatorios o no obligatorios, en atención al tipo de sujeción de las partes al método en cuestión.

Esta clasificación en ocasiones no se muestra del todo nítida, dado que habrá supuestos en los que un mismo método de solución de conflictos pueda ser catalogado como obligatorio y no obligatorio, dependiendo de la existencia de una previa declaración de voluntad por ambas partes o de una de ellas, mediante la cual se someten a tal medio para la solución del conflicto.

Lo que sí queda claro es que la Ley 7/2017 se ha decantado, preferentemente, por la solución extrajudicial de carácter voluntario, dado que no regula la solución extrajudicial impuesta a ambas partes o una de ellas. *De facto*, de momento, solo se prevé la creación de métodos obligatorios en dos únicos ámbitos de consumo: en el sector financiero y en el del transporte aéreo, sin perjuicio de que alguna norma posterior disponga lo contrario, estableciendo la necesidad de acudir a métodos alternativos de solución de conflictos antes de acudir a la Jurisdicción.

Con todo lo expuesto, hemos considerado pertinente mantener una división clásica de los métodos alternativos de resolución de conflictos, en atención al tipo de intervención de la tercera persona en la resolución del conflicto, distinguiendo los métodos autocompositivos de los heterocompositivos.

Dentro de los métodos autocompositivos hemos incluido los métodos extrajudiciales con o sin intervención de un tercero que no excluyan el planteamiento de la controversia en sede judicial. Los métodos autocompositivos con intervención de un tercero son los que están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, por cuanto que esta norma incluye a todos los métodos extrajudiciales en los que intervenga una entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo que ha de ser acreditada. Y son: los códigos de conducta publicitarios, la intermediación hipotecaria, la mediación de consumo, la conciliación, ante el notario o registrador, analizando los motivos que excluyen que los consumidores acudan

a cualquiera de estas conciliaciones para resolver los conflictos en materia de consumo, así como su exclusión de la Ley 7/2017.

Por el contrario, los métodos autocompositivos sin intervención de un tercero están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017 [art. 3.2, *a*)], dado que esta norma excluye los métodos extrajudiciales en los que no intervenga una entidad de resolución alternativa, sin perjuicio de que la negociación directa queda establecida como presupuesto procedimental para la admisión a trámite de la reclamación ante la entidad. Además de la negociación, se incluyen en esta categoría, la reclamación previa para devolución de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la transacción, las reclamaciones ante el servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente, o cualquier otro método extrajudicial en el que no intervenga un tercero, sea al margen del proceso judicial o una vez iniciado este. Si bien, la trascendencia de algunos de estos métodos nos ha obligado a llevar a cabo su estudio.

En los métodos heterocompositivos hemos incluido el arbitraje de consumo, sea individual o colectivo, y el arbitraje en materia de seguros, habida cuenta de que es el único mecanismo que excluye la reclamación del consumidor en sede judicial por estar configurado como un equivalente jurisdiccional que desplaza al proceso judicial.

Finalmente, centramos nuestra atención en los métodos en cuyo sector es preceptiva la creación o acreditación de una entidad especializada y son de participación obligatoria para alguna de las partes, pues el legislador nacional, siguiendo los parámetros de la Directiva 2013/11/UE permite la existencia de mecanismos de participación obligatoria que finalicen con resultado vinculante para las partes, salvo que conlleven la exclusión de la vía judicial (*ex art. 9 LRACMC*).

La tesis también aborda un análisis del ejercicio de la potestad sancionadora que se pueda iniciar contra los empresarios o profesionales que cometen alguna de las infracciones tipificadas en la normativa de consumo, teniendo en cuenta que en algunas ocasiones confluye en la misma autoridad la función de actuar como entidad de supervisión, así como la de actuar como entidad de resolución alternativa para resolver una reclamación extrajudicial.

Finalmente, se analizan los intentos llevado a cabo para implementar los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos como presupuesto procesal para la admisión a trámite de la demanda en sede judicial; de ahí, que hayamos analizado las medidas adoptadas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, que dan un vuelco inesperado a la voluntariedad que se predicaba de estos métodos, para potenciarlos, llegando a suponer el rechazo injustificado de las partes a acudir a ellos o la inasistencia a una actividad negocial previa una condena anticipada de las costas procesales, por cuanto la norma modifica el régimen general de condena en costas previsto en el artículo 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta modificación introduce el término de abuso público de Justicia para modular las costas e imponer multas o sanciones en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Concepto, que hace referencia a la actitud incompatible de las partes con su sostenibilidad, como a la utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de justificación racional, y que permite que pueda ser interpretado como mala fe o temeridad a todos los efectos, la negativa a acudir a la sesión informativa de un método extrajudicial en los casos en los que haya sido convocada por derivación judicial o el silencio o rechazo de una oferta extrajudicial, cuando la resolución que ponga fin al proceso sea sustancialmente similar al contenido de la oferta.

Concluimos con la Directiva 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, haciendo hincapié en los indicios que nos da el legislador europeo para que las entidades habilitadas lleguen a acuerdos colectivos con los empresarios o profesionales.

Haciendo uso del método inductivo, nos planteamos con perspectivas de futuro, las posibles opciones que tiene el legislador español para implementar las acciones colectivas en sede extrajudicial cuando lleve a cabo la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, habida cuenta de que la misma ha dejado abierta la posibilidad a los Estados miembros de que atribuyan legitimación extraordinaria a las entidades habilitadas para que adopten acuerdos colectivos con los empresarios a través de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

## ABSTRACT

The doctoral thesis that is presented aims to analyze the substantive and procedural treatment of alternative methods of conflict resolution in consumer matters. A complete analysis of the evolution of the Alternative Dispute Resolution (ADR) is carried out, of its promotion from the European institutions, as well as of the different legal reforms undertaken by the legislator to accommodate the Spanish regulations to the European regulations; At the same time, we allude to the modifications that have been introduced since the state of alarm was declared due to the health pandemic caused by Covid-19, emphasizing the need to protect the consumer as a weak part of the legal relationship. of consumption.

At the national level, alternative dispute resolution methods are generally regulated in Law 7/2017, of November 2, which incorporates Directive 2013/11/EU, of May 21, into the Spanish legal system. 2013, regarding the alternative resolution of consumer disputes. This law regulates the requirements and principles that must be met by the alternative resolution entities in charge of carrying out the extrajudicial procedure, especially the procedure for these entities to obtain the status of accredited entity, as long as it leaves other regulations sectoral regulation of out-of-court procedures in consumer matters. Procedures that in most cases were already in operation in Spain prior to the entry into force of that regulation.

Although it is true that this rule does not list or conceptualize specific conflict resolution methods, it does classify the different alternative conflict resolution mechanisms into two broad categories: first, it regulates binding or non-binding methods, depending on the effectiveness that can be dispensed with the solution of the conflict, instrumented in an arbitration award, in a resolution or in an agreement between the parties, as well as the position occupied by the third party. Being methods with a binding result, those that end with the imposition on any of the parties of the solution to the conflict, whether or not these entail the renunciation of judicial proceedings [ex art. 2, k) LRACMC], while procedures with a non-binding result will be those that end with an agreement reached between the parties, adopted by themselves or through the intervention of a third party or that end with a solution proposal, regardless that the parties subsequently or give the agreement binding force or undertake to accept the proposal made by the third party in charge of carrying out the resolution of the conflict [ex art. 2, l) LRACMC]; and,

Second, it regulates the mandatory or non-mandatory methods, depending on the type of subjection of the parties to the method in question.

This classification is sometimes not completely clear, since there will be cases in which the same method of conflict resolution can be classified as mandatory and non-mandatory, depending on the existence of a prior declaration of will by both parties or a of them, through which they submit to such means for the solution of the conflict.

What is clear is that Law 7/2017 has opted, preferably, for the voluntary out-of-court solution, since it does not regulate the out-of-court solution imposed on both parties or one of them. De facto, for the time being, the creation of mandatory methods is only envisaged in only two areas of consumption: in the financial sector and in air transport, notwithstanding any subsequent regulations to the contrary, establishing the need to resort to methods alternative conflict resolution before going to the Jurisdiction.

With all the above, we have considered it pertinent to maintain a classic division of the alternative conflict resolution methods, in attention to the type of intervention of the third person in the resolution of the conflict, distinguishing the autocompositive methods from the heterocompositive ones.

Within the autocompositive methods we have included the extrajudicial methods with or without the intervention of a third party that do not exclude the approach of the controversy in court. Self-composed methods with the intervention of a third party are those that are included in the scope of application of Law 7/2017, since this rule includes all extrajudicial methods in which an alternative dispute resolution entity intervenes in matters of consumption to be accredited. And they are: advertising codes of conduct, mortgage intermediation, consumer mediation, conciliation, before the notary or registrar, analyzing the reasons that exclude consumers from going to any of these conciliations to resolve consumer disputes, as well as their exclusion from Law 7/2017.

On the contrary, self-compositing methods without the intervention of a third party are excluded from the scope of application of Law 7/2017 [art. 3.2, a)], given that this rule excludes out-of-court methods in which an alternative resolution entity does not intervene, without prejudice to the fact that direct negotiation is established as a procedural budget for

the admission to processing of the claim before the entity. In addition to the negotiation, this category includes the prior claim for return of the floor clauses inserted in the loan contracts with mortgage guarantee, the transaction, the claims before the customer service or, where appropriate, to the defender of the client, or any other extrajudicial method in which a third party does not intervene, either outside the judicial process or once it has begun. Although, the importance of some of these methods has forced us to carry out their study.

In the heterocompositive methods we have included consumer arbitration, whether individual or collective, and arbitration in insurance matters, given that it is the only mechanism that excludes the consumer's claim in court because it is configured as a jurisdictional equivalent that displaces to the judicial process.

Finally, we focus our attention on the methods in whose sector the creation or accreditation of a specialized entity is mandatory and participation is compulsory for some of the parties, since the national legislator, following the parameters of Directive 2013/11/EU, allows the existence of mandatory participation mechanisms that end with a binding result for the parties, unless they lead to the exclusion of the judicial process (ex art. 9 LRACMC).

The thesis also deals with an analysis of the exercise of the sanctioning power that can be initiated against businessmen or professionals who commit any of the infractions typified in the consumer regulations, taking into account that on some occasions the function of acting comes together in the same authority. as a supervisory entity, as well as to act as an alternative resolution entity to resolve an out-of-court claim.

Finally, the attempts carried out to implement the extrajudicial methods of conflict resolution as a procedural budget for the admission to processing of the lawsuit in court are analyzed; Hence, we have analyzed the measures adopted in the Draft Law on Procedural Efficiency Measures of the Public Service of Justice, which give an unexpected turn to the voluntariness that was predicated of these methods, to enhance them, even assuming the unjustified rejection of the parties to resort to them or failure to attend a business activity prior to an early conviction of the procedural costs, inasmuch as the rule modifies the general regime of conviction of costs provided for in articles 394 and 395 of the Civil Procedure Law.



This modification introduces the term of public abuse of Justice to modulate the costs and impose fines or sanctions in the terms provided in the Law of Civil Procedure. Concept, which refers to the incompatible attitude of the parties with its sustainability, such as the improper use of the fundamental right of access to the courts for merely dilatory purposes or when the claims clearly lack rational justification, and which allows it to be interpreted as bad faith or recklessness for all purposes, the refusal to attend the information session of an extrajudicial method in cases in which it has been convened by judicial derivation or the silence or rejection of an extrajudicial offer, when the resolution that puts an end to the process is substantially similar to the content of the offer.

We conclude with Directive 2020/1828, regarding representative actions for the protection of the collective interests of consumers, emphasizing the indications that the European legislator gives us so that authorized entities reach collective agreements with businessmen or professionals. .

Using the inductive method, we consider with future perspectives, the possible options that the Spanish legislator has to implement collective actions in extrajudicial venue when carrying out the transposition of the Directive to the Spanish legal system, given that it has left open the possibility for the Member States to attribute extraordinary legitimacy to entities authorized to adopt collective agreements with employers through alternative dispute resolution methods.

## RIEPILOGO

La tesi di dottorato presentata, ha come obiettivo l'analisi del procedimento sostanziale e procedurale dei metodi alternativi di risoluzione dei conflitti in materia di consumo. Si realizza una analisi completa dell'evoluzione de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), del suo impulso a partire dalle istituzioni europee, così come delle diverse riforme legali intraprese dal legislatore per adeguare la normativa spagnola alla normativa europea; allo stesso tempo alludiamo alle modifiche introdotte da quando è stato decretato lo stato d'emergenza a causa della pandemia sanitaria prodotta dal virus Covid-19, mettendo l'accento sulla necessità di proteggere il consumatore in quanto parte debole della relazione giuridica di consumo.

A livello nazionale, i metodi alternativi di risoluzione delle controversie sono regolate a carattere generale con la Legge 7/2017 del 2 novembre, che recepisce nell'ordinamento giuridico spagnolo la Direttiva 2013/711/UE del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo. In questa legge, si regolano i requisiti e i principi che devono compiere le entità di risoluzione alternativa incaricate di effettuare il procedimento extragiudiziale, specialmente la procedura per queste entità per ottenere la condizione di entità accreditata, mentre lascia in mano di altre norme settoriali il regolamento dei procedimenti extragiudiziali in materia di consumo. Nella maggior parte dei casi, queste procedure erano già in funzione in Spagna prima dell'entrata in vigore di questo regolamento.

Benché sia vero che questa norma non enumera né concettualizza metodi concreti di risoluzione di conflitti, è vero anche che classifica i differenti meccanismi di risoluzione alternativa ai conflitti in due grandi categorie: in primo luogo, regola i metodi a carattere vincolante o non vincolante, dipendendo dall'efficacia che bisogna dare alla soluzione del contenzioso, strumentalizzata in un lodo arbitrale, in una risoluzione o un accordo tra le parti, così come della posizione che occupa la terza parte. Essendo metodi con risultato vincolante, quelli che terminano con l'imposizione ad una qualsiasi delle parti della soluzione del conflitto, implicando o meno alla rinuncia a un procedimento giudiziario [*ex art. 2, k) LRACMC*], in quanto saranno procedimenti con risultato non vincolante, quelli che terminano con un accordo raggiunto tra le parti, adottato da loro stesse o mediante l'intervento di una terza parte o che termina con una proposta di soluzione,

indipendentemente dal fatto che le parti ottengano successivamente all'accordo forza vincolante o si compromettano ad accettare la proposta fatta dal soggetto terzo di portare avanti la risoluzione del conflitto [*ex art. 2, l) LRACMC*]; e,

In secondo luogo regola i metodi obbligatori o non obbligatori, di secondo il tipo di assoggettamento delle parti al metodo in questione.

Questa classificazione in alcune occasioni non si dimostra del tutto chiara, dato che ci saranno casi in cui lo stesso metodo di soluzione del conflitto possa essere catalogato come obbligatori e non obbligatori, dipendendo dell'esistenza di una previa dichiarazione di volontà da entrambe le parti o di una di esse, mediante il quale si sottopongono a riguardo per una soluzione del conflitto.

Ciò che è chiaro è che la legge 7/2017 ha optato con preferenza, per la composizione extragiudiziale di carattere volontario, dato che non regola la composizione extragiudiziale imposta a entrambe le parti o una di queste. *De facto*, per il momento si prevede solo la creazione di metodi obbligatori in due unici ambiti di consumo: nel settore finanziario e nel trasporto aereo, fermo restando che qualsiasi norma successiva preveda il contrario, stabilendo la necessità di ricorrere a metodi alternativi di soluzione dei conflitti prima di ricorrere alla Giurisdizione.

Alla luce di quanto esposto, abbiamo considerato opportuno mantenere una divisione classica dei metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, basata sul tipo di interventi di terze persone nella risoluzione di conflitti, distinguendo i metodi auto compositivi dagli etero compositivi.

All'interno dei metodi auto compositivi, abbiamo incluso i metodi extragiudiziali con o senza l'intervento di una terza parte che non escludono che il contenzioso sia portato in tribunale. I primi sono quelli che sono inclusi in ambito di applicazione della legge 7/2017, nella misura in cui questa normativa includa tutti i metodi extragiudiziali in cui intervenga una ente accreditato per la risoluzione alternativa del conflitto in materia di controversie dei consumatori. Questi sono: i codici di condotta pubblicitaria, l'intermediazione ipotecaria, la mediazione del consumatore, la conciliazione davanti il notaio o cancelliere, analizzando i

motivi che escludono che il consumatore ricorra a qualsiasi tipo di queste conciliazioni per risolvere i conflitti in materia di consumo, così come la sua esclusione dalla legge 07/2017.

Mentre i secondi sono esclusi dall'ambito dell'applicazione della legge 7/2017 [art. 3.2, a)], dato che questa norma esclude le modalità extragiudiziali nelle quali non intervenga un ente di risoluzione alternativa, quantunque la negoziazione diretta è stabilita come condizione procedurale per l'ammissibilità della reclamazione davanti l'ente. Oltre la negoziazione, in questa categoria si includono i reclami precedenti per la devoluzione delle clausole di protezione del tasso di interesse sul suolo o clausole *floor* inserite nei contratti di mutuo ipotecario, le transazioni, i reclami davanti al servizio di attenzione al cliente o, eventualmente, al difensore del cliente, o qualsiasi altro metodo extragiudiziale nel quale non intervenga un soggetto terzo, sia esso al margine del processo giudiziale o una volta che questo è iniziato. Tuttavia l'importanza di alcuni di questi metodi ci ha obbligato a studiarli.

Nei metodi etero compositivi abbiamo incluso l'arbitrato dei consumatori, sia esso individuale o collettivo e l'arbitrato assicurativo, tenuto conto che è l'unico meccanismo che esclude la rivendicazione del consumatore in tribunale, per essere configurata come un equivalente giurisdizionale che sostituisce il processo giudiziale.

Infine, poniamo la nostra attenzione sui metodi nel cui settore la creazione o accreditamento di un ente specializzato è obbligatoria e la cui partecipazione è obbligatoria per alcune delle parti, poiché il legislatore nazionale, seguendo i parametri della Direttiva 201/117UE permette l'esistenza di meccanismi di partecipazione obbligatoria che si concluda con un risultato vincolante per le parti, salvo che non implichi l'esclusione della via giudiziaria (*ex art. 9 LRACMC*).

La tesi affronta anche un'analisi dell'esercizio del potere sanzionatorio che si può avviare contro gli imprenditori o professionisti che commettono un certo tipo di infrazioni tipicizzate nella legislazione del consumo, tenendo conto che in alcune occasioni nella stessa autorità confluisce la funzione di attuare come entità di supervisione, così come l'entità di risoluzione alternativa per risolvere uno reclamo extragiudiziale.

Infine, si analizzano i tentativi effettuati per implementare i metodi extragiudiziali di risoluzione dei conflitti come ipotesi procedurale per l'ammissibilità della domanda in sede giudiziale; da qui, abbiamo analizzato le misure adottate nel disegno di Legge sulle Misure

di Efficienza Processuale del Servizio Pubblico di Giustizia, che danno una svolta inaspettata alla volontarietà di questi metodi per potenziarli, arrivando a supporre un rifiuto ingiustificato delle parti a ricorrervi o alla mancata assistenza di un'attività di negoziazione preventiva una condanna anticipata dei costi processuali, per quanto la norma modifica il regime generale di condanna in costi, previsto nell'articolo 394 e 395 della legge sulla procedura civile.

Questa modifica introduce il termine di abuso pubblico di Giustizia per modulare i costi e imporre multe o sanzioni nei termini previsti dal Codice di Procedura Civile. Tale concetto, che fa riferimento tanto all'atteggiamento incompatibile delle parti con la loro sostenibilità, quanto all'uso indebito del diritto fondamentale di accesso ai tribunali con fini meramente dilatorio o quando le richieste sono carenti di giustificazione razionale, e che permettano si possa interpretare come mala fede o temerarietà a tutti gli effetti, il rifiuto a presentarsi alla sessione informativa di un metodo extragiudiziale nei casi in cui sia stata convocata per rinvio giudiziario o il silenzio o il diniego di un'offerta extragiudiziale, quando la soluzione che ponga fine al processo sia sostanzialmente simile al contenuto dell'offerta.

Concludiamo con la Direttiva 2020/1828, relativa alle azioni rappresentative per la protezione degli interessi collettivi dei consumatori, insistendo sulle indicazioni proposte dai legislatori europei, affinché gli enti abilitati arrivino ad un accordo collettivo con gli imprenditori o i professionisti del settore.

Utilizzando quindi il metodo induttivo, consideriamo in prospettiva, le possibili opzioni che il legislatore spagnolo possiede per implementare le azioni collettive in sede extragiudiziale quando esegue la trasposizione della Direttiva all'ordinamento giuridico spagnolo, tenuto conto che la stessa ha lasciato aperta la possibilità agli Stati membri di attribuire legittimazione straordinaria agli enti autorizzati affinché adottino accordi collettivi con gli imprenditori attraverso metodi alternativi di soluzione delle controversie.

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AC	Aranzadi Civil
Adigital	Asociación Española de la Economía Digital
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AEA	Asociación de Españoles y Anunciantes
Ap./aps.	Apartado/s
Art./arts	Artículo/s
AUTOCONTROL	Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial
AECOSAN/AECSAN/AESAN	Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición
AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea
AEP	Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AESA	Agencia Estatal de Seguridad Aérea
APCF	Autoridad Administrativa Independiente para la Protección del Cliente Financiero
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
CC	Código Civil
CDB	Código de Buenas Prácticas
Cdo.	Considerando
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Citado
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Coord./coords.	Coordinador/es
DA/DAU	Disposición adicional (única)

DD/DDU	Disposición derogatoria (única)
DF	Disposición Final
Dir./dirs.	Director/es
DJP	Dictamen del Jurado de la Publicidad
DMACM	Directiva de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles
DMIE	Directiva por la que se aprueban normas comunes del Mercado Interior de la Electricidad
DRACMC	Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo
Doc. Cit.	Documento citado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EASA	<i>European Advertising Standards Alliance</i>
Ed.	Editor
EM	Exposición de Motivos
Enm.	Enmienda
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
ESASA	Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea
Etc.	Etcétera
<i>Ex.</i>	Según
FJ	Fundamento Jurídico
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
ICAS	<i>International Council on Advertising SelfRegulation</i>
<i>In límine</i>	Al principio
<i>Infine</i>	Al final
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
JUR	Jurisprudencia (base de datos Aranzadi)
LA	Ley de Arbitraje
LCD	Ley de Competencia Desleal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LH	Ley Hipotecaria
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria

LMACM	Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles
LMPOC	Ley de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al COVID-19
LMRSF	Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero
LN	Ley del Notariado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOS	Ley de Ordenación, Supervisión y solvencia de entidades de crédito
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común
LPCV	Ley de Protección de los Consumidores y Usuarios frente a situaciones de Vulnerabilidad
LPDC	Ley para la Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios
LPDH	Ley de medidas para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios
LRACMC	Ley de Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo
LRSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
LSA	Ley de Seguridad Aérea
LSP	Ley de Sociedades Profesionales
LTD	Ley de Transposición de Directivas
MASC	Medio/s Adecuado/s de Solución de Controversia/s
MiFID	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i>
MUTEPC	Ley de Medidas Urgentes para la Transición Energética y la Protección de los Consumidores
Núm/núms.	Número/s
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
OMIC	Oficina/s Municipal/es de Información al Consumidor
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
PAPCF	Proyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Protección del Cliente Financiero
Párraf./s	Párrafo/s
POM	Proyecto de Orden Ministerial por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios de transporte aéreo establecidos en el ámbito de la Unión Europea



P./pp.	Página/s
Pr.	Prólogo
RDEGAE	Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española
RDGRN	Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado
RDSAC	Real Decreto del Sistema Arbitral de Consumo
RJ	Resolución del Jurado de la Publicidad
RJP	Reglamento del Jurado de la Publicidad
ROJ	Repertorio de Jurisprudencia (CENDOJ)
RRLLMC	Reglamento sobre Resolución de Litigios en Línea en Materia de Consumo
RSR	Reclamaciones ante los Servicios de Reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCCI	Sentencia de la Corte Constitucional Italiana
<i>Sic</i>	Transcripción textual
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
Ss.	Siguientes
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE/SSTJUE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras
<i>Vid.</i>	Véase
<i>V. gr.</i>	<i>Verbi gratia</i> /por ejemplo
Vol.	Volumen

# INTRODUCCIÓN

## I

La tesis doctoral que presentamos tiene por objeto la investigación de la “*Solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo*”. La elección de este tema de investigación responde, fundamentalmente, a las líneas de investigación desarrolladas en el Grupo de Investigación al que nos incorporamos en 2017.

Merecen que destaquemos las repercusiones teóricas y prácticas que este tema de investigación comporta. Suponía un reto para nosotros afrontar esta investigación por la cantidad de implicaciones prácticas que los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo revelan. En los últimos años hemos sido espectadores de las ingentes modificaciones y resoluciones judiciales que se han dictado en lo relativo a la solución de conflictos en materia de consumo. Resoluciones que el legislador ha tenido que afrontar para acomodar la normativa sustantiva y procesal española a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se trata de un tema de investigación que baraja todas las categorías jurídicas, tanto en la vertiente sustantiva como en la procesal; muchas de ellas ya han sido evidenciadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; de ahí, que la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo ha favorecido a nuestra formación interdisciplinar.

La relevancia jurídica de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) pone su acento en la necesidad de desjudicializar las controversias que surjan en materia de consumo, habida cuenta del colapso de los órganos judiciales por el aumento de la contratación en masa, más acentuado, por el aumento de la contratación en línea. Desde antaño hasta la actualidad, sigue quedando de manifiesto la necesidad de proteger a los consumidores o usuarios en la contratación con los empresarios o profesionales, dado que los contratos de adhesión no permiten que muchas de las cláusulas incorporadas en los contratos sean negociadas por aquellos; de ahí que la normativa europea y nacional, en algunos casos, se caracteriza por favorecer a los consumidores, estableciendo una normativa tuitiva en materia de consumo. El ordenamiento jurídico español dispone, entre otras muchas normas protectoras, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

complementarias o de la Ley relativa a la Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo.

En lo que respecta a la normativa procesal, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ni ninguna otra norma regula un cuerpo legal específico y determinado del tratamiento procesal de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. La necesaria implementación de los métodos extrajudiciales en los ordenamientos jurídicos y la deficiente, dispersa y caótica regulación de los métodos extrajudiciales son, entre otros muchos, los motivos que nos llevaron a la elección de este tema de investigación.

El tema objeto de análisis en la tesis doctoral ha sido afrontado desde un panorama legislativo y jurisprudencial de constantes modificaciones. Somos conscientes de que se trata de un tema de investigación en constante evolución, y más aún desde la paralización del sistema administrativo y judicial tras la declaración del estado de alarma a causa del Covid-19, unida a la ingente normativa que se encuentre en trámite de aprobación. Quizás, por ello, se haya visto enriquecido el tema con algún cambio legislativo, doctrinal o jurisprudencial, del que no disponíamos en la fecha en la que tuvo lugar el depósito de la tesis doctoral.

## II

En lo relativo a la *estructura* de la tesis doctoral, hemos optado por sistematizarla en tres grandes capítulos.

En el primer capítulo, titulado “*Consideraciones generales sobre los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos*”, se acomete el análisis de la evolución de las ADR y su impulso desde las instituciones europeas. Posteriormente, tratamos de delimitar el concepto general de consumidor o usuario, dado que muchos procedimientos extrajudiciales se remiten o hacen coincidir su contenido con el de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Continuamos con el estudio de la legislación europea y nacional relativa a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, al tiempo que señalamos el carácter subjetivista de esta normativa, concluyendo precisamente con los requisitos y principios que deben de cumplir las entidades de resolución alternativa que lleven a cabo la solución extrajudicial en materia de consumo.

Ello sin perder de vista que debemos acudir a las normas sectoriales que regulan los distintos procedimientos extrajudiciales en materia de consumo vigentes en el ordenamiento jurídico español.

El capítulo segundo se titula “*Fórmulas extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo*”. En este capítulo distinguimos cinco grandes bloques: un primero, relativo a la delimitación conceptual de los métodos alternativos de resolución de conflictos; un segundo, en el que se tratan las principales fórmulas autocompositivas de resolución de conflictos en materia de consumo; un tercero, relativo a las fórmulas heterocompositivas; un cuarto, en los que tratamos los procedimientos extrajudiciales de participación obligatoria; y, un último bloque, relativo a las reclamaciones administrativas en materia de consumo.

En lo que respecta a la *delimitación conceptual*, abordamos precisamente la división de los métodos alternativos de resolución de conflictos, atendiendo a la clasificación de la Ley 7/2017 en métodos vinculantes o no vinculantes o de aceptación obligatoria o no para las partes. Habida cuenta de que en ocasiones esta clasificación no es del todo nítida, hemos optado por seguir la división clásica de estos métodos, en atención al tipo de intervención de la tercera persona en la resolución del conflicto, distinguiendo los métodos autocompositivos, con y sin intervención de un tercero y, los métodos heterocompositivos; al tiempo que analizamos otras reclamaciones *seudo-administrativas* ante las entidades de supervisión.

Sobre las *fórmulas autocompositivas* de resolución de conflictos, hemos analizado pormenorizadamente los procedimientos, así como los efectos sustantivos y procesales de los códigos de conducta publicitarios, el procedimiento extrajudicial para la restitución de las cláusulas suelo, la intermediación hipotecaria, la mediación de consumo, incluyendo la mediación de consumo energética, la conciliación, así como los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de consumo. Dejando de manifiesto que las fórmulas autocompositivas sin intervención de un tercero quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, sin perjuicio de que se establecen en la mayoría estos procedimientos como requisito procedimental para la admisión a trámite de la reclamación ante la entidad de resolución alternativa.

Por otra parte, analizamos las *fórmulas heterocompositivas*, concretamente, el procedimiento extrajudicial en el arbitraje de consumo, sea individual o colectivo, así como el arbitraje en materia de seguros.

En el bloque relativo a los *procedimientos extrajudiciales de participación obligatoria*, analizamos aquellos métodos que son de aceptación obligatoria para las partes o para una de ellas, haciendo hincapié en las reclamaciones en el sector financiero y en las reclamaciones en el sector del transporte aéreo.

Concluimos el último bloque del segundo capítulo con el análisis de las *reclamaciones administrativas en materia de consumo*, en el que acometemos el ejercicio de la potestad sancionadora por las infracciones tipificadas en la normativa de consumo que puedan llevar a cabo los empresarios o profesionales en los contratos celebrados con los consumidores o usuarios.

Finalmente, en el capítulo tercero de la tesis doctoral, titulado “*Proyección de futuro de los medios de resolución alternativa de conflictos*”, abordamos el estudio del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio de Justicia. Anteproyecto que ha tenido su razón de existir a causa de la paralización del sistema judicial provocada por el Covid-19; de ahí, su intento de potenciar el uso de estos métodos, mediante la obligatoriedad de acudir a ellos como requisito procedimental para la admisión a trámite de la demanda en vía judicial.

Clausuramos la última parte de este capítulo, con el análisis del impacto de la Directiva de la Unión Europea, 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en la solución extrajudicial de conflictos “colectivos” en materia de consumo. Haciendo uso del método inductivo, para aventurarnos a señalar cuál será el sentido que adoptará el legislador cuando lleve a cabo la transposición de aquella norma al ordenamiento jurídico español.

### III

La *metodología* empleada para la realización de la tesis doctoral ha comprendido el análisis de las pautas metodológicas propias de la investigación jurídica. Se realiza un análisis de la regulación legal en materia de consumo, abordando la normativa europea como la española, tanto de las disposiciones sustantivas que contienen normas procesales, como las disposiciones procesales propiamente dichas, en especial, la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Haciendo uso del método teleológico, hemos analizado las distintas recomendaciones europeas, los debates parlamentarios de las distintas leyes, así como los informes dado a los proyectos y anteproyectos de ley, incluyendo los elaborados por el Consejo General del Poder Judicial. Al tiempo, hemos analizado las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre la tutela extraprocésal de los consumidores y usuarios, tanto nacional como europea, a los efectos de ofrecer soluciones ante las ingentes dudas que se presentan en materia de consumo.

#### IV

La tesis doctoral concluye con una relación de las *conclusiones* obtenidas tras acometer el estudio de investigación, finalizando con las *fuentes bibliográficas* empleadas y un *anexo jurisprudencial*. Anexo, que pone de manifiesto la relevancia práctica que adquiere la solución extraprocésal de conflictos en materia de consumo, a nivel europeo como en el ordenamiento jurídico español.



**CAPÍTULO PRIMERO**  
**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS MÉTODOS**  
**EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN**  
**MATERIA DE CONSUMO**





## I. NECESARIA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La protección de los consumidores y usuarios como parte débil de la relación de consumo ha venido encontrado distintos niveles a lo largo de la historia; de ahí, que puede llegarse a afirmar que el derecho romano ya contenía manifestaciones y reglas tendentes a proteger los intereses de los compradores frente a los posibles fraudes de los vendedores. Es ciertamente a finales del siglo XX cuando surge la imperiosa necesidad de configurar un régimen legal de protección para este colectivo. A partir de ese momento es cuando verdaderamente comienzan a proliferar y a evolucionar las disposiciones que persiguen la protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

La ingente normativa que surge para tutelar los intereses de los consumidores frente al poder que ostenta el empresario ha venido marcada a grandes rasgos por la incidencia de dos factores. El primer factor responde al movimiento de la era consumista, propiciado por diversos agentes: el cambio de valores en la sociedad actual, el aumento cada vez mayor del uso de las nuevas tecnologías, la contratación en masa y el aumento de la producción. Factores que han tenido como resultado que en el Estado de Bienestar surja la urgente necesidad de regular las relaciones jurídicas de consumo para tutelar los intereses de los consumidores<sup>1</sup>.

El segundo, en cambio, responde a la era de la modernidad. La transformación de la sociedad ha traído consigo grandes cambios culturales, sociales, políticos y económicos, dando lugar no solo a que surja la necesidad de regular las relaciones jurídicas de consumo, sino a que, además, resulte necesario regular la protección de la figura del consumidor en el contexto de los cambios constantes a los que se encuentran sometidas las sociedades globalizadas e industrializadas.

La situación expuesta abona la necesidad de que los poderes públicos regulen las relaciones jurídicas de consumo puesto que —como señala Barona Vilar—, “*el consumidor es el árbitro de la economía y, por ende, hay que mimarlo, dado que sin consumo no hay*

---

<sup>1</sup> En este sentido, Barona Vilar destaca la importancia que ha tenido el consumismo en la sociedad. Y ello es, precisamente, lo que ha dado lugar a la necesidad de fomentar y regular los derechos e intereses de los consumidores [Vid., BARONA VILAR, S., “Justicia integral” y “*access to justice*”, crisis y evolución del “paradigma”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2016, pp. 31-55; y, BARONA VILAR, S., “Retrato de la Justicia Civil en el Siglo XXI: ¿Caos o una estrella fugaz?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, pp. 416-445].

*economía y sin economía no hay vida*”<sup>2</sup>. Ello se traduce en que existe una retroalimentación entre consumidores y empresarios, sin la cual, la economía no podría evolucionar favorablemente.

A lo largo de todos estos años se viene dejando constancia de la exigencia de ir adaptando los derechos e intereses de los consumidores a la coyuntura socioeconómica del momento; los cambios coyunturales económicos, políticos y sociológicos han provocado diversos *tempus* en la exigencia de ir creando una política distinta para proteger al justiciable, por no decir que, hoy en día, la protección eficaz de los derechos de los consumidores y usuarios constituye la base fundamental sobre la que pivota el Estado Social y Democrático de Derecho.

La trascendencia de analizar la protección conferida al consumidor en las relaciones de consumo va unida de la mano de la necesidad de crear mecanismos rápidos, sencillos y eficaces que faciliten el acceso a la justicia, constituyendo un complejo sistema que hace necesario su estudio, a este fin responde esta investigación.

El presente capítulo lo dedicaremos a analizar, con carácter general, la evolución de la protección conferida a la figura del consumidor en el marco de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Mecanismos, que constituyen auténticas alternativas a la vía judicial, y que vienen siendo comúnmente conocidos con las siglas ADR (*Alternative Dispute Resolution*) u ODR (*Online Dispute Resolution*)<sup>3</sup>. Estos últimos utilizados como medio para la resolución extrajudicial de los conflictos a través de las vías telemáticas (*v. gr.*, Internet).

---

<sup>2</sup> BARONA VILAR, S., *ibidem*, p. 428.

<sup>3</sup> A parte de conocerse comúnmente el término inglés ADR, suelen utilizarse otros acrónimos para designar estas técnicas. Entre otros, se utiliza: MREC (Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos), MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos), MASC (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) o, MASC (Medios Adecuados de Solución de Controversias).

## **II. REVISIÓN DEL ACERVO NORMATIVO**

### **1. MARCO NORMATIVO GENERAL DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA**

La tutela conferida a los consumidores y usuarios ha estado muy condicionada en España por el impulso de la Unión Europea. Tanto es así, que el desarrollo de las vías extrajudiciales de resolución de conflictos haya tenido un gran avance en España, gracias a las numerosas iniciativas legislativas realizadas desde las instituciones europeas. Así, para el estudio de las técnicas alternativas de resolución de conflictos en materia consumo, hemos de tomar como referencia inicial el marco normativo europeo que regula la protección de los consumidores y usuarios.

Habida cuenta de la crisis por la que está atravesando el sistema judicial, unida a la ineficacia de los medios conferidos por las instituciones procesales clásicas, puede tener como consecuencia que los consumidores y usuarios opten por no acudir a la vía judicial. Ello acontece por los excesivos costes que caracterizan la judicialización de las controversias en relación con la escasa cuantía que en algunas ocasiones se reclama.

Esta ineficacia viene a proyectarse con mayor intensidad tras la crisis sanitaria provocada por la pandemia sanitaria del coronavirus (Covid-19). Situación que ha llevado al Gobierno a la necesidad de establecer medidas que agilicen la resolución de los conflictos, cuya demora pueda incidir negativamente en la recuperación de la economía española; de ahí, la necesidad de implementar mecanismos que ofrezcan una respuesta más rápida a los colectivos más vulnerables —entre los que se encuentran los consumidores y usuarios, al tiempo que se establecen como medios de auxilio a los órganos administrativos y judiciales ante el colapso que ha supuesto la suspensión y la paralización de los plazos administrativos y judiciales.

Tras la declaración del estado de alarma por el Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo, se suspendieron todas las actuaciones judiciales y los plazos administrativos en todo el territorio español, salvo los servicios esenciales determinados por los acuerdos adoptados por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial. Entre las diversas propuestas que se barajan figuran los documentos de trabajo sobre medidas organizativas y

procesales para el Plan de Choque. Plan este, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, y cuya finalidad es la de evitar el colapso de la Administración de Justicia. De ahí, la necesaria potenciación de las ADR, que fueron recogidas desde un primer momento en un documento del Plan de Choque<sup>4</sup>.

Los sucesivos proyectos y anteproyectos de ley también vienen acogiendo la resolución extrajudicial de conflictos como una medida adecuada para paliar la saturación de los tribunales. En este sentido, es destacable el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Aunque este Anteproyecto es objeto de estudio en el último capítulo, a grandes rasgos, podemos destacar de él, que responde a la necesidad de normalizar la paralización de la actividad jurisdiccional tras el fin del estado de alarma, introduciendo medidas de agilización procesal en todos los órdenes jurisdiccionales. Entre ellas, se recoge la implantación del requisito procedimental en sede judicial, esto es, se contempla el intento de un método extrajudicial de conflictos como requisito de admisibilidad de la demanda. Al tiempo, se introducen medidas de agilización con importantes reformas en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>5</sup>, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup>, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>7</sup> y, en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>8</sup>, entre otras modificaciones.

Dejando aparcadas momentáneamente estas cuestiones, ha de indicarse que la doctrina procesalista, también viene poniendo de manifiesto la necesidad de ofrecer métodos eficaces a los consumidores y usuarios, dado que, generalmente, estos representan la parte débil de la relación de consumo, en tanto que el empresario representa la parte fuerte de la relación jurídica de consumo<sup>9</sup>; de ahí deriva el carácter tuitivo de la normativa de consumo a favor del consumidor.

---

<sup>4</sup> Pueden consultarse este primer documento y los sucesivos en: *PRIMER%20DOCUMENTO%20PLAN%20CHOQUE%20ADMON%20JUSTICIA.pdf* y <https://www.laboral-social.com/CGPJ-reune-centenar-medidas-documento-base-preparatorio-plan-choque-evitar-colapso-justicia-tras-fin-estado-alarma.html> (consulta: 14 de junio de 2021).

<sup>5</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000).

<sup>6</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1982, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE, núm. 260, de 17 de septiembre de 1982).

<sup>7</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE, núm. 167, de 14 de diciembre de 1998).

<sup>8</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 158, de 03 de julio de 2015).

<sup>9</sup> *Vid.*, BARONA VILAR, S., “Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de estos en la Unión Europea: líneas de presente y futuro”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barona Vilar, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 31 y 32.

La situación antedicha abona la necesidad de regular normas tendentes a la creación de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos que tiendan a paliar el desequilibrio de posiciones que surge entre los consumidores o usuarios y los empresarios y profesionales. Mecanismos, que ofrezcan soluciones más rápidas y menos costosas para el consumidor que la vía judicial.

Siendo el consumidor el elemento fundamental de la economía y una pieza clave en el Estado Social y Democrático de Derecho, se comprende que el derecho de acceso a la justicia y al proceso, como derechos fundamentales, juegan un papel fundamental en el régimen jurídico de tutela de los derechos e intereses de los consumidores. Ello provoca que el proceso deje de ser el único mecanismo para la resolución de controversias.

El marco normativo de protección extrajudicial de la figura del consumidor tiene su punto de partida en el ordenamiento jurídico español, en la redacción del artículo 51 de la Constitución Española de 1978<sup>10</sup>. *De lege data*, el precepto contiene un mandato expreso a los poderes públicos para que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces que protejan su salud, su seguridad y sus legítimos intereses económicos. A renglón seguido, se señala que los poderes públicos también deberán promover y fomentar la información y la educación de los consumidores, oyéndolos en las cuestiones que puedan afectarles en los términos que establezcan las normas.

En cumplimiento de este mandato constitucional se promulgó la ya derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>11</sup>. Ley, cuya Exposición de Motivos señala entre sus objetivos, la creación e implementación de procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios, la creación de un marco legal que favorezca el desarrollo asociativo en materia de consumo, así como la construcción de unos principios y criterios que regulen las relaciones de consumo.

En cumplimiento de estos objetivos, el artículo trigésimo primero de la Ley 26/1984, de 19 de julio, recogía la solución extrajudicial de conflictos, siendo obligación de los poderes

---

<sup>10</sup> En este sentido, fue de gran trascendencia la Sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 37/1981, de 16 de noviembre (núm. de recurso: 814/1981). Sentencia que hizo alusión a la Constitución con el término “*Constitución económica*”, entendida como: «(...) *el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico*» (voto particular que formula el magistrado Don Luis Díez-Picazo, al que se adhieren los magistrados Don Manuel Díez de Velasco Vallejo y Don Plácido Fernández Viagas).

<sup>11</sup> Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE, núm. 176, de 26 de julio de 1984).

públicos el establecimiento de un sistema arbitral voluntario, que habría de resolver con carácter vinculante y ejecutivo las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que dicha reclamación no se fundamente en la intoxicación, lesión o muerte del consumidor, ni existan indicios racionales de la comisión de un delito, sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que siempre habrá de garantizarse al consumidor, de acuerdo con el contenido del artículo 24 de la Constitución Española.

Desde la aprobación de este acervo normativo en materia de consumo, se han aprobado multitud de disposiciones relativas al derecho de consumo. Disposiciones que han ido evolucionando y perfeccionando la protección de los derechos sustantivos y procesales que cabe reconocer a este colectivo, especialmente, en sede extrajudicial. De ahí, que el derecho extrajudicial de consumo, íntimamente unido al derecho de consumo administrativo y judicial— haya comenzado a considerarse como una rama independiente del ordenamiento jurídico, caracterizado fundamentalmente por ser dinámico, flexible y ofrecer soluciones a los consumidores menos costosas.

Tras la aprobación de la Ley 26/1984, aún quedaron numerosas deficiencias en la normativa de consumo. Deficiencias que se pretendieron paliar con la aprobación del 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 normas complementarias<sup>12</sup>, que ha sido objeto de numerosas reformas, derivadas, en parte, de la necesidad de adaptar las normas a la evolución de la sociedad y del impulso de las instituciones europeas.

De hecho, la Ley 1/2007, ha seguido evolucionando constantemente en la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, pues refunde un conjunto normativo en un único texto, al tiempo que da cumplimiento al mandato contenido en la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios<sup>13</sup>. Mandato este, por el que se habilita al Gobierno para la refundición en un único texto, y en el plazo de 12 meses, de la ley predecesora de consumidores y usuarios, junto con las respectivas normas de transposición de las directivas europeas que hubieran sido dictadas en materia de consumo.

---

<sup>12</sup> BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

<sup>13</sup> BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

## 2. EL IMPULSO DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

Desde las instituciones europeas se viene pretendido en el tiempo la creación de un verdadero derecho contractual de consumo europeo, que ha tenido como resultado la proyección de este en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>14</sup>. Este derecho es, en buena medida, el punto de arranque del derecho de consumo en España, especialmente en lo que respecta a la creación del marco jurídico de protección de los consumidores<sup>15</sup>, en lo que se refiere a la creación de instrumentos extrajudiciales de resolución de conflictos. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, dado que ya existían en España algunos vestigios de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, concretamente, del arbitraje de consumo.

Las primeras iniciativas legislativas en esta materia respondieron a las preocupaciones de las instituciones europeas por mejorar la problemática que surgida en torno a la fragmentación del marco jurídico de consumo en los distintos Estados miembros<sup>16</sup>. Conscientes de ello, se plantea la necesidad de unificar y armonizar la normativa sustantiva y procesal de consumo en el territorio de la Unión Europea. Armonización que se sustenta en la necesidad de eliminar todo obstáculo de acceso a los justiciables consumidores—, sobre todo, en aquellos supuestos en los que se plantean litigios (judiciales) o conflictos (extrajudiciales) de carácter transfronterizo que puedan afectar al buen funcionamiento del mercado interior.

---

<sup>14</sup> BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la institución del Ombudsman*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 34.

<sup>15</sup> En el mismo sentido *vid.*, CATALÁN CHAMORRO, M.J., “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajudicial de conflictos en consumo: ADR y ODR”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2016, p. 171.

<sup>16</sup> Muestra de ello es, *v. gr.*, la Comunicación de la Comisión al Consejo y del Parlamento Europeo sobre “*Derecho contractual europeo*” (COM/2001/0398 final), en la que se proponía un debate sobre esta materia entre el Parlamento, el Consejo y otros interesados: empresas, profesionales de la justicia, académicos y grupos de consumidores, con el fin de realizar estudios exhaustivos y consultas a los Estados miembros antes de proponer iniciativas legislativas en materia de consumidores, con el fin de analizar los problemas derivados de la fragmentación normativa. En el mismo sentido, la Comunicación sobre “*Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro*” (COM/2001/0398 final), en la que se preguntaba a la Comisión, si los conflictos relacionados con la celebración, la interpretación y la aplicación de los contratos transfronterizos pueden afectar al buen funcionamiento del mercado interior. La Comisión realiza también una consulta a los Estados miembros para saber si las diferencias normativas en materia de contratos de consumo constituyen un obstáculo en las transacciones transfronterizas o aumentan su coste, al tiempo que se invita a los Estados miembros a opinar si el planteamiento de armonización del Derecho contractual podría dar lugar a incoherencias a nivel comunitario y nacional en lo relativo a la aplicación de las medidas de transposición.



En un intento de buscar alternativas que garanticen los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, se elaboró el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, de 13 de noviembre de 1993. Este libro significó un momento decisivo para el desarrollo europeo de las vías extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo, dado que pone el acento en la necesidad de potenciar y favorecer el acceso a la justicia de los consumidores y usuarios, al tiempo que delimita el ámbito material de los litigios transfronterizos<sup>17</sup>.

Habida cuenta de cuanto exponemos, el objetivo fundamental que habría de haberse perseguido por las instituciones europeas y por los Estados miembros, no es otro que el de plasmar en este Libro Verde la necesidad de crear otras vías de resolución de conflictos alternativas o complementarias a la judicial.

Las principales medidas europeas que se proponen a los Estados miembros y que estos deberían de adoptar son muy numerosas. En primer término, las instituciones europeas, a través de la normativa europea, piden a aquellos que establezcan fórmulas o procedimientos simplificados para resolver los conflictos en materia de consumo. Procedimientos que debían ser rápidos, sencillos y poco costosos para los consumidores y que se aplicarían a los conflictos transfronterizos para su posterior proyección en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En segundo término, se propone a los Estados miembros la creación de códigos de conducta, con el objetivo de solucionar extrajudicialmente los conflictos que puedan surgir entre consumidores y empresarios, cuando estos se hayan adherido previamente al código. Al tiempo, se crean otros mecanismos extrajudiciales (conciliación, mediación, arbitraje) menos costosos, habida cuenta de que la vía judicial no es eficaz cuando se trata de resolver conflictos de escasa cuantía, pues los costes de la vía judicial en relación con la cuantía que se reclama pueden crear un efecto disuasorio en los consumidores, al no compensarle la iniciación del proceso judicial, teniendo en cuenta el espaciado resultado del proceso, esto es, una eventual sentencia de condena a la devolución de un importe muy bajo, especialmente

---

<sup>17</sup> Cfr., GONZALO LÓPEZ, V., “La protección jurídica de los consumidores en Europa: el Libro Verde de 2007 para la revisión del Derecho de consumo”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores* (Tomillo Urbina/Álvarez Rubio, coords.), Civitas, Madrid, 2008, pp. 611-619.

agudizado, si se tiene en cuenta el coste de desenvolvimiento de un proceso que se sustancie en otro Estado miembro de la Unión Europea.

De ahí, la preocupación de las instituciones europeas por detectar cuáles son los problemas que planteaban la falta de regulación o concreción de las normativas nacionales, especialmente, cuando el conflicto es de carácter transfronterizo, pues si ya resulta ineficaz el sistema tradicional para resolver las controversias en materia de consumo cuando el litigio es de carácter nacional, más se agudiza si este supera el ámbito territorial nacional.

Para facilitar la resolución de los conflictos transfronterizos, los Estados miembros debían especificar los procedimientos que resultaran de aplicación. Dicho de otra manera, si los sistemas de reclamación podían resolverse en sede judicial o extrajudicial y, si el ámbito de aplicación territorial de la norma era de carácter nacional o transfronterizo. Al tiempo, aquellos debían señalar la ley aplicable, la jurisdicción competente, la notificación, el idioma de traducción de los actos y, en su caso, la ejecución de la sentencia cuando se tratara de reclamaciones que realizaran los consumidores en sede judicial.

En tercer término, la Comisión alienta a los Estados miembros a fomentar la protección de los intereses colectivos de los consumidores a través de las asociaciones de consumidores o de algunas instancias administrativas. Para ello, establece un plan de trabajo a través del cual los Estados miembros deberían establecer unos criterios mínimos para el tratamiento de los conflictos transfronterizos. Estos criterios tenían como finalidad la puesta en marcha de una red en línea para la resolución de los conflictos extrajudiciales: la plataforma europea de resolución de litigios en línea, que entró en funcionamiento el 15 de febrero de 2016, siendo su finalidad la de llevar a cabo la puesta en red de los procedimientos extrajudiciales<sup>18</sup>.

Con posterioridad a la elaboración del Libro Verde, las actuaciones de las instituciones europeas han ido encaminadas a fomentar las fórmulas autocompositivas de resolución de conflictos en el marco de las pautas establecidas en el Plan de Acción, de 21 de julio de 1999, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo.

---

<sup>18</sup> La tramitación de los procedimientos extrajudiciales en línea ha adquirido mayor relevancia, si cabe, tras la crisis sanitaria provocada por el Covid-19.

De este Plan de Acción ha de destacarse, que es la primera vez que surge en las instituciones la preocupación por la calidad de los procedimientos judiciales en los que se ejercitan acciones de consumo, al tiempo que se establece la necesidad de que los procedimientos extrajudiciales respondan a unos criterios mínimos que garanticen los principios de independencia, imparcialidad y objetividad de los órganos encargados de la resolución extrajudicial, debiendo garantizar la transparencia de la actuación mediante procedimientos eficaces<sup>19</sup>. Todas estas garantías vinieron a recogerse finalmente en la Recomendación 1998/257/CE, de 30 de marzo, sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo<sup>20</sup>.

La Comisión pone en conocimiento de los Estados miembros la problemática que supone la fragmentación del derecho contractual europeo en materia de consumo a la hora de componer fórmulas flexibles, rápidas y menos costosas para el consumidor. Al tiempo, pone de manifiesto la falta de una normativa homogénea en el territorio europeo en materia extrajudicial, habida cuenta de que la normativa de los distintos Estados miembros difería sustancialmente en el derecho sustantivo y procesal (*v. gr.*, en cuanto al régimen y la naturaleza jurídica de los procedimientos extrajudiciales); de suerte que la consecuencia que se desencadenaría de ello sería la creación de procedimientos extrajudiciales dispares, que llevarían a la desconfianza de los consumidores a la hora de resolver este tipo de conflictos en sede extrajudicial. Aunque es cierto que este problema se ha tratado de paliar, parece meridianamente claro que aún hoy en día persiste, a pesar del esfuerzo de las instituciones europeas por armonizar la regulación de los Estados miembros a través de la ingente normativa europea.

Muestra de ese esfuerzo es, entre otros muchos, la aprobación 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<sup>21</sup>, que deja a discrecionalidad de los Estados miembros la posibilidad de que establezcan el recurso a la mediación obligatoria, salvo que impida a las partes el derecho de acceso a la jurisdicción<sup>22</sup>. En este contexto de libertad,

---

<sup>19</sup> Para un mayor abundamiento sobre este plan de acción, *vid.*, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Régimen Europeo de la Resolución Electrónica de Litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo”, en *Mediación y Arbitraje de Consumo: una perspectiva española, europea y comparada* (Garrido Carrillo, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 185 y ss.

<sup>20</sup> DOCE, núm. 115, de 17 de abril de 1998.

<sup>21</sup> DOUE, núm. 136, de 24 de mayo de 2008.

<sup>22</sup> Y así lo señala la Directiva al disponer 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*

nuestra Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles<sup>23</sup> excluía de su ámbito de aplicación, los asuntos de consumo. Situación esta que entendemos finalizada en parte con la entrada en vigor de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo<sup>24</sup>.

Lamentablemente, estas Directivas, como normas de mínimos que son, han dado lugar a que su transposición se haya llevado a cabo de manera dispar en los Estados miembros, por ejemplo, el ordenamiento jurídico italiano regula la mediación con carácter preceptivo, luego ha de intentarse su imposición con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales, en tanto que en el ordenamiento jurídico español, hasta el momento, sigue manteniéndose el recurso a la mediación con carácter facultativo, siendo la voluntariedad con carácter general, unos de los principios básicos de esta fórmula extrajudicial<sup>25</sup>.

Por lo que se refiere a la falta de una norma que regule el Derecho sustantivo de los consumidores ha de señalarse que resultará de aplicación el Derecho internacional privado. De tal modo que la solución ante un conflicto de leyes sería subsanable, en principio, atendiendo a los elementos que configuran la relación jurídica de consumo. Ello implica que debemos atenernos al ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y territorial del conflicto para saber qué ley se aplica a la resolución del conflicto en cuestión, sin perjuicio de que, como analizaremos posteriormente, una entidad de resolución alternativa no pueda privar a los consumidores de la protección que le proporcionen las normas imperativas, puesto que aquellas no podrán ser excluidas mediante acuerdo o en virtud de la legislación aplicable al contrato de consumo determinado (art. 16.1 DRACMC *sic*).

En lo que respecta a la imposición de la mediación obligatoria en Italia, ha de indicarse que esta cuestión ha sido objeto de controversia durante años, especialmente, desde que en el ordenamiento jurídico italiano se aprobara el Decreto Legislativo de 4 marzo 2010 (núm.

---

*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» (art. 5.2 DMACM).*

<sup>23</sup> BOE, núm. 162, de 07 de julio de 2012.

<sup>24</sup> BOE, núm. 268, de 4 de noviembre de 2017).

<sup>25</sup> *Vid.*, AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2016, pp. 109 y 110.

28) relativo al «*procedimento di mediazione*», que señala la obligación de acudir al procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de la demanda en algunas materias (art. 5.1)<sup>26</sup>. Tras la declaración de inconstitucionalidad de esta norma por la Corte Constitucional Italiana se hallaba pendiente una cuestión prejudicial comunitaria, que quedó resuelta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de junio de 2013, en la que se señalan como hechos posteriores a la demanda que:

*«A raíz de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 28/2010, la incoación previa del procedimiento de mediación en Italia ha dejado de ser un requisito para la admisibilidad de la demanda judicial y las partes ya no están obligadas a recurrir al procedimiento de mediación».*

Lógicamente, ello lleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a declarar que, tras la declaración de inconstitucionalidad del precepto, no era necesario responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Giudice di pace di Mercato San Severino* en la resolución de 21 de septiembre de 2011<sup>27</sup>.

Sin embargo, el Decreto Legislativo de 6 de agosto de 2015 (núm. 130)<sup>28</sup>, por el que se transpone al ordenamiento jurídico italiano la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo<sup>29</sup>, ha vuelto a implantar la mediación como condición de procedibilidad en sede judicial cuando nos hallemos ante un contrato de servicios.

Así las cosas, cuatro años más tarde, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve a pronunciarse sobre esta cuestión en su Sentencia de 14 de junio de 2017. Lo que más interesa resaltar de ella es la cuestión prejudicial planteada en torno a si el Decreto Legislativo 28/2010, adoptado en aplicación del artículo 60 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles italiana<sup>30</sup>, que impone la obligación de instar con asistencia letrada un procedimiento de mediación previo a cualquier acción judicial en materia financiera (art. 5.1), es o no conforme a lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE y en la

---

<sup>26</sup> SCCI, núm. 272/2012, de 24 de octubre.

<sup>27</sup> STJUE (Sala 3ª), de 27 de junio de 2013, asunto C-492/11, *Ciro Di Donna/Società imballaggi metallici Salerno*.

<sup>28</sup> *Gazzeta Ufficiale*, núm 191, de 19 de agosto de 2015.

<sup>29</sup> Directiva 2013/11/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE, núm. 165, de 18 de junio de 2013).

<sup>30</sup> *Gazzeta Ufficiale*, núm. 53, de 5 de marzo de 2010.

Directiva 2013/11/UE. En este aspecto, el Abogado General señala dos conclusiones fundamentales:

Primera, que *«El artículo 1 de la Directiva 2013/11 no se opone a una legislación nacional que supedita la admisibilidad de una demanda judicial presentada por un consumidor contra un comerciante y referida a un contrato de prestación de servicios a la previa iniciación por parte del consumidor de un procedimiento de resolución alternativa de litigios, como un procedimiento de mediación, siempre que la legislación, no tenga como efecto impedir a las partes el acceso al sistema judicial, extremo cuya comprobación corresponde al órgano jurisdiccional nacional»*; y,

Segunda, que *«el artículo 8, letra b) de la Directiva 2008/52/CE se opone a una legislación nacional que obliga a que, en todos los litigios incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, tal y como aparece delimitado en su artículo 2, las partes tengan que contar con asistencia de un abogado en un procedimiento de resolución alternativa de litigios, como un procedimiento de mediación»*.

Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que la normativa nacional que establece la mediación obligatoria no se opone a la Directiva 2013/11/UE:

*«El recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a dichos litigios, en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial. En cambio, dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, que establece que en el marco de tal mediación los consumidores deben ser asistidos por un abogado y que únicamente pueden retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que existe una causa justa que sustente su decisión»<sup>31</sup>.*

En efecto, es viable la imposición de la mediación o de cualquier otro método alternativo de resolución de conflictos con carácter previo a la acción judicial, salvo que excluyen el acceso a la judicial, como es el caso, por ejemplo, del arbitraje de consumo. Sin embargo, no es posible la imposición de la asistencia letrada o el asesoramiento jurídico a las partes en los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, dado que la Directiva 2013/11/UE señala es de carácter facultativo [art. 8, letra b)]. De hecho, ello supondría un alto coste para los consumidores y usuarios que no se ajustaría a lo establecido en el artículo 8, letra c) de esta Directiva.

Para concluir, hemos de señalar que los intentos de las instituciones europeas por potenciar la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo dieron lugar a la

---

<sup>31</sup> STJUE (Sala 1ª), de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, *Livio Menini y María Antonia Rampanelli/Banco Popolare*, sobre la mediación obligatoria en Italia. En esta sentencia, el *Tribunale Ordinario di Verona* conoce de un proceso monitorio en el que dos consumidores se oponen a un requerimiento de pago que dicho tribunal había dirigido contra la entidad financiera *Banco Popolare*.

aprobación de varias recomendaciones. La primera de ellas fue la Recomendación 98/257/CE, que contribuyó al establecimiento de unas reglas que permitieran a los Estados miembros disponer de unas pautas similares a la hora de establecer los principios aplicables a los órganos encargados de llevar a cabo los procedimientos de resolución alternativa. Principios que en ningún caso vinculan a los Estados miembros, dado que las medidas recogidas en la recomendación tienen carácter facultativo para ellos.

El ámbito de aplicación de la Recomendación 98/257/CE es bastante limitado, pues se refiere exclusivamente a los procedimientos extrajudiciales que contengan una solución al conflicto mediante la intervención activa de un tercero, que proponga (mediación) o imponga (arbitraje) una solución al conflicto. En efecto, quedaban fuera del ámbito de aplicación otras fórmulas autocompositivas, cuya finalidad fuera la de acercar a las partes a una posible solución del conflicto sin la intervención activa de un tercero (*v.gr.* la conciliación).

En aras a cubrir las deficiencias de la primera recomendación, se elaboró la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de conflictos<sup>32</sup>, pero a pesar del empeño de las instituciones europeas por armonizar los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo, la ausencia de una Directiva como norma marco que armonizara dichos parámetros hizo improductivos todos estos esmeros, dado que las recomendaciones no vinculan a los Estados miembros; de ahí, que buena parte de ellos no acogieran de buen grado las medidas recomendadas.

---

<sup>32</sup> (DOCE, núm., 109, de 19 de abril de 2001).

### III. EL NACIMIENTO DE LAS ADR EN MATERIA DE CONSUMO

#### 1. NOCIONES Y ORÍGENES DE LAS ADR

Las siglas ADR vienen usándose tradicionalmente para hacer referencia al término anglosajón “*Alternative Dispute Resolution*”, siendo su traducción literal al español, la de “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”.

A falta de un concepto legal, autores de reconocido prestigio, como Cappelletti, define las ADR como: “*aquellos mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales*”<sup>33</sup> y que pretenden facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos, al tiempo que sirven como instrumentos alternativos o complementarios a la tutela judicial<sup>34</sup>.

A pesar del auge que han tenido las ADR en estos últimos años, hemos de señalar que no nos encontramos ante un concepto nuevo<sup>35</sup>. Las primeras manifestaciones de ellas se dieron en Estados Unidos, hacia los años treinta, como respuesta a un movimiento anglosajón conocido como “*movimiento de libre acceso a la justicia*”<sup>36</sup>, cuya finalidad vino siendo la de acabar con los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia por parte de todos los ciudadanos. Con anterioridad a estas manifestaciones, hay quien señala los orígenes de algunos de estos métodos en el derecho romano, como es el caso del arbitraje<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement”, en *Modern Law Review*, núm. 3, vol. 56, 1993, p. 282.

<sup>34</sup> Siguiendo la voz del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y del Consejo General del Poder Judicial, también podemos definirlos como: «*métodos de arreglo de controversias, sin intervención, como órgano decisor, de un tribunal estatal*».

<sup>35</sup> SANDER, F., “Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview”, en *University of Florida LAW Review*, núm. 37, 1985, p.2.

<sup>36</sup> BARONA VILAR S., *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 45-60; BONACHERA VILLEGAS, R., “El arbitraje: una institución de orígenes remotos con plena actualidad jurídica”, en *Fundamenta Ivris: terminología, principios e interpretatio. De Roma a la actualidad* (Resina Sola, ed. y Pérez López, coord.), Universidad de Almería, Almería, 2013; y, BARONA VILAR S., “De cómo la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela del ciudadano” en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amocorum*, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños (Gómez Colomer/Barona Vilar/Calderón Cuadrado, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 198- 202.

<sup>37</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 17. Sin embargo, como ya es sabido, el ámbito de aplicación de las ADR no se ha circunscrito exclusivamente al ámbito del consumo; y ello, porque podemos encontrar manifestaciones de estos instrumentos en sectores empresariales, v. gr., en el derecho de familia e incluso, en el derecho penal.



Si bien, no es hasta bien entrado el siglo XX cuando este movimiento empieza a forjarse con mayor intensidad. Desde entonces, comienza a potenciarse el arbitraje internacional en materia comercial como método de resolución de conflictos. En este sentido, fueron decisivas dos declaraciones para la aparición de las ADR a finales de los años ochenta y principios de los noventa: la *Pound Conference en 1976*<sup>38</sup>, en Estados Unidos, y la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998, en Reino Unido; ambas tuvieron como objetivo principal evitar los largos y costosos procesos judiciales<sup>39</sup>.

## 2. FUNDAMENTOS E INTEPRETACIÓN

El reconocimiento de un elenco de derechos e intereses legítimos a los consumidores ha resultado ser insuficiente sin la creación de cauces o procedimientos eficaces donde puedan hacerse valer.

A pesar del debate doctrinal existente en torno al fundamento e interpretación de las ADR, lo cierto es que, inicialmente, su creación se debía fundamentalmente a la búsqueda del Estado de Bienestar que debe primar en las sociedades modernas, luego su creación responde a la necesidad de acabar con los obstáculos que supone el acceso al tradicional sistema judicial, especialmente agudizados en las relaciones jurídicas de consumo<sup>40</sup>.

En este sentido, Barona Vilar divide en tres grandes razones, lo que a nuestro parecer constituye el fundamento de las ADR: la primera es el colapso de los órganos judiciales; la segunda es la ausencia de mecanismos privados de resolución de conflictos; y, (iii) la tercera,

---

<sup>38</sup> En este evento fue donde se produjo el nacimiento de los sistemas de resolución de conflictos. Se propuso la utilización de formas alternativas de resolución de disputas para reducir la dependencia en el litigio convencional y superar la reticencia a utilizar otras opciones de resolución de disputas. Esta conferencia trajo consigo grandes cambios en los sistemas judiciales de Estados Unidos, que tuvo como finalidad, la de proporcionar otras medidas de acceso a la justicia.

<sup>39</sup> NIEVA-FENOLL, J., “Mediación y arbitraje: ¿Una ilusión decepcionante?” en *La mediación como método de resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.), Dykinson, Madrid, 2017, p. 16.

<sup>40</sup> En este sentido, Andrés Curaña indica que: “una sociedad moderna en la que permite el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se ajuste a sus intereses. Constituye un error colocar la jurisdicción –la potestad estatal- en el centro del sistema de justicia civil y mercantil de un país y relegar los demás mecanismos de solución de conflictos al lugar de los medios alternativos, cuya única razón de ser se encuentra en que son medios idóneos para “descongestionar los tribunales” [ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (a propósito de la propuesta de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12, 2005, p. 61. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1470/documento/art4.pdf?id=2067> (consulta: 13 de junio de 2017)].

la incapacidad intrínseca del sistema judicial de facilitar el acceso a los consumidores y usuarios<sup>41</sup>. En lo que respecta a la primera razón, de todos es sabido que los órganos judiciales se vienen mostrando incapaces de dar respuesta al volumen de reclamaciones presentadas en materia de consumo, especialmente, en los últimos años, pues la crisis mundial de 2008 trajo consigo un aumento considerable de las controversias en materia de consumo, dando lugar finalmente al colapso de las vías judiciales. Incapacidad, que se proyecta con mayor intensidad tras la paralización del sistema judicial a consecuencia de la declaración del estado de alarma por la crisis sanitaria del Covid-19. Muestra de lo expuesto, son las reclamaciones de los consumidores y usuarios planteadas por la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

Por lo que se refiere a la segunda razón, hemos de decir que incluso, hoy en día, pocos son los mecanismos extrajudiciales que se muestran totalmente eficaces para dar una respuesta sencilla, rápida, a coste cero en materia de consumo.

En cuanto a la incapacidad intrínseca del sistema judicial de facilitar el acceso a los consumidores a la vía judicial, consideramos que resulta complejo para ellos el acceso al proceso, pues se hace cuanto menos complejo y costoso para el consumidor medio.

Reputados autores se han planteado si verdaderamente son estas las razones que constituyen el fundamento real de la creación de las ADR en materia consumo, o bien, son otros los motivos que subyacen en su progresiva implementación. La duda está en determinar, si las ADR tienen como finalidad la búsqueda real de una justicia eficiente para los consumidores o, por el contrario, son un entramado para descargar el volumen de trabajo de los juzgados y tribunales.

Lamentablemente, de algunas normas que regulan la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo puede deducirse que la finalidad de las ADR es descongestionar la vía judicial, aunque es cierto que, en otras disposiciones normativas, sí hemos extraído que la creación de las ADR responde a necesidad de ofrecer otras soluciones más eficaces a los consumidores que la vía judicial. Sea cual sea la finalidad de su creación, es indudable que las ADR han supuesto un movimiento purgante en cuanto al fomento de la

---

<sup>41</sup> BARONA VILAR S., *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, op. cit., p. 50.

libertad individual<sup>42</sup> y que, a diferencia de la vía judicial, permiten equilibrar en mayor medida las posiciones de las partes, sin perjuicio de que, en algunos casos, entendemos que los métodos extrajudiciales son utilizados por los poderes públicos como un parche ante la incapacidad técnica y política de dar respuesta a los conflictos que surgen en el tráfico de las relaciones jurídicas de consumo<sup>43</sup>.

Otro de los problemas existentes en torno al fundamento de las ADR en materia de consumo es determinar si los métodos alternativos de resolución de conflictos son realmente mecanismos “alternativos” o “complementarios” a la jurisdicción. En lo que respecta a la calificación de estos métodos, como su propio nombre indica, son alternativos a la jurisdicción. Dicho de otra manera, son una disyuntiva u opción distinta de la que disponen los consumidores a los que podrán acudir voluntariamente, pero ha de tenerse en cuenta que los efectos y la ejecutividad serán distintos según se trate de un método autocompositivo o un método heterocompositivo.

Sin embargo, esa afirmación debe ser matizada, dado que en algunos casos los mecanismos extrajudiciales no pueden calificarse como alternativos o complementarios a la jurisdicción, dado que se configuran como son mecanismos autónomos destinados a la búsqueda de la paz social, por lo que deben ser considerados mecanismos independientes de acceso a la justicia, encontrándose su fundamento en la libre disposición de las partes para elegir el método por el que resolver su conflicto<sup>44</sup>.

Esta afirmación solo sería aplicable a algunos de los métodos de resolución de conflictos, siendo, a nuestro juicio, más correcto referirse a los métodos alternativos de resolución de conflictos como métodos “complementarios”, más que “alternativos” o “independientes”. Sea cual sea la calificación, es indudable que debemos atenernos a la esencia y configuración del método; de ahí que concluyamos que debemos analizar cada uno de los mecanismos

---

<sup>42</sup> En este sentido, BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (Barona Vilar, coord.), Aranzadi, 2007, p. 30.

<sup>43</sup> En este sentido, Nieva Fenoll afirma que las ADR “*se utilizan simplemente como globos sonda para distraer la atención de los males de la justicia, aparentando que el Estado se ocupa de los problemas de los justiciables*” [NIEVA-FENOLL, J., “Mediación y arbitraje: ¿Una ilusión decepcionante?”, *op. cit.*, pp. 20 y 21].

<sup>44</sup> En este sentido, ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (a propósito de la propuesta de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *op. cit.*, p. 61.

extrajudiciales para clasificarlos como complementarios, alternativos o independientes de la vía judicial.

En lo que respecta a los métodos heterocompositivos, como es el arbitraje, ha de señalarse que desplaza la vía judicial, habida cuenta de que se configura como un equivalente jurisdiccional y que el laudo que se dicte en su caso tiene eficacia de cosa juzgada<sup>45</sup>, por lo que excluye el ejercicio de acciones judiciales con idénticos sujetos, objetos y causas. Ello nos lleva a señalar que la esencia del arbitraje nos lleva a calificarlo más como un mecanismo, sin perjuicio de la eventual intervención judicial en algunos supuestos que señalaremos cuando analicemos el arbitraje en materia de consumo y sus distintas modalidades.

En cuanto a los métodos autocompositivos, hemos de indicar que en principio no excluyen la posibilidad de que el consumidor inste una demanda o una reclamación en sede judicial, por lo que entendemos más acertado hacer alusión a ellos como métodos complementarios a la vía judicial.

Como epílogo de este apartado, concluimos que las ADR no deben concebirse como algo contrario o alternativo a la vía judicial, sino más bien como algo complementario a ella, toda vez que los órganos jurisdiccionales están cada vez más unidos a estos métodos<sup>46</sup> De tal forma, que nuestras normas procesales las han contemplado en su articulado, sea a través de su integración en el sistema judicial para darle eficacia (conciliación y mediación); sea a través de la interrelación de dos técnicas excluyentes como sucede con el arbitraje de consumo, evitando un doble pronunciamiento a través de la declinatoria o de la excepción de la cosa juzgada (art. 63 LEC)<sup>47</sup>. En efecto, no se trata de suplantar al sistema judicial con

---

<sup>45</sup> En este sentido, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1ª), núm. 288/1993, de 4 de octubre [(FJ 3º), núm de recurso: 512/91]. Sentencia en la que se señala que: «*La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal*», de los laudos arbitrales regulados en la Ley 60/2003, de Arbitraje. En este sentido, la Ley 60/2003, de Arbitraje (BOE, núm. 309, de 26 de diciembre de 2003) establece con absoluta claridad que: «*el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes* (art. 43 LA). Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje [STC (Pleno), núm. 62/1991. de 22 de marzo (FJ 5º *in fine*), núm. de recurso: 376/85], un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que en sede judicial civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.

<sup>46</sup> En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 11 de junio de 2015, en el que se señala que: «*el favorecimiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos no constituye un intento de privatización o externalización de la función jurisdiccional*».

<sup>47</sup> En parecidos términos, *vid.*, BARONA VILAR S., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, *op. cit.*, p. 172; BLANCO GARCÍA, A.I., *Conflictos bancarios: su tutela extrajudicial*, Tesis Doctoral, Valencia, 2014,

estos métodos de resolución de conflictos, sino de complementar a la Administración de Justicia, favoreciendo que las partes alcancen una solución amistosa a sus conflictos en los supuestos que sea posible. Así pues, estos métodos deben constituirse no tanto como una alternativa a la justicia, sino como una justicia alternativa.

---

p. 195; y, MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., “El debate sobre las costas procesales”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 131, 2017, p. 3.

#### IV. ESPECIALIDADES DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

Las especialidades que caracterizan las relaciones de consumo son precisamente las que nos han despertado el interés por su análisis. No son pocas las dudas que suscitan las distintas interpretaciones que se vienen dando al concepto de consumidor, no solo por la dificultad que entraña en algunos supuestos atribuir la condición de consumidor o empresario a los sujetos que contratan un producto o servicio, sino también por la dispersión, compleja y, en algunos casos, parca regulación de este concepto.

Complejidades que han venido a agudizarse por el aumento del consumo transfronterizo, que ha sido posible debido a la potenciación y desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la informática a través de Internet, que han hecho que aumente de forma imparable el consumo transfronterizo, elevado a la enésima potencia con la crisis provocada por el Covid-19.

El aumento del consumo electrónico abona la necesidad de establecer vías alternativas de resolución de conflictos en línea. Sin perjuicio de que incidiremos posteriormente en su análisis, podemos avanzar que estas vías de solución de conflictos son esenciales para favorecer el mercado interior de la Unión Europea. Es por ello por lo que las instituciones europeas se han preocupado por establecer instrumentos de resolución de conflictos en línea a los que se les viene conociendo como “*Online Dispute Resolution*” (ODR), y que ya existían con anterioridad a la crisis sanitaria. La necesidad de ahondar en la búsqueda de procedimientos eficaces se ha intensificado aún más si cabe, tras la pandemia provocada por el Covid-19.

El aumento de la digitalización lleva consigo el incremento del riesgo de que un colectivo de consumidores se vea afectado por el mismo hecho dañoso; de ahí, que las acciones colectivas en materia de consumo hayan venido también para “quedarse”, y tras su implementación en sede judicial, hayamos podido observar varios intentos del legislador europeo de implementarlas en sede extrajudicial. Primero con la propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los derechos e intereses

colectivos de los consumidores<sup>48</sup> y, segundo, con la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE<sup>49</sup>.

Por otra parte, hemos de indicar que la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, ha venido a matizar también el concepto de consumidor o usuario señalado en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Asimismo, tal concepto se muestra distinto según se analicen las directivas europeas, las normas de transposición o las normas sectoriales que regulan los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo en el ordenamiento jurídico español.

Y es que, en la coyuntura actual, ha surgido un subtipo dentro del concepto de consumidor y usuario en la Ley 1/2007, de 16 de noviembre, el concepto de personas consumidoras vulnerables, recogido en el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (art. 1)<sup>50</sup>; norma esta que deja inalterado el concepto de empresario.

## **1. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR O USUARIO EN VIRTUD DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**

La Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios delimita el concepto de consumidor o usuario al establecer su ámbito subjetivo de aplicación, atribuyendo tal con la condición, a las personas físicas que actúen con una finalidad ajena a su actividad empresarial, comercial, oficio o profesión, así como a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad

---

<sup>48</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD).

<sup>49</sup> Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE, núm. 409, de 4 de diciembre de 2020).

<sup>50</sup> BOE, núm. 17, de 20 de enero de 2021.

comercial o empresarial; y ello, sin perjuicio de lo dispuesto en los Libros Tercero y Cuarto de la misma ley (*ex art. 3.1*)<sup>51</sup>.

Como hemos indicado, la Ley 1/2021 viene a añadir una nueva subcategoría al concepto de consumidor, a la que denomina personas consumidoras vulnerables; subcategoría que, a diferencia de la categoría general, incluye solo a las personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades y circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentren territorialmente, sectorialmente o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impida el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condición de igualdad, sin perjuicio de la normativa sectorial que resulte de aplicación y solo respecto de relaciones concretas de consumo (*ex art. 1, aps. 1º y 2º LPCV*)<sup>52</sup>.

Visto, *grosso modo*, el concepto legal de consumidor o usuario y de persona consumidora vulnerable, procede ahora analizar la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia. En este sentido, hemos de tener en cuenta las fechas de las resoluciones, al objeto de determinar si se aplica la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modificó la Ley General de Consumidores y Usuarios de 2007, pues gracias a aquella se abandonó el criterio de destino final de los bienes y servicios que se recogía en la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, adoptando como criterio delimitador el ámbito en el que se celebre el contrato, que ha de ser ajeno a una actividad empresarial o profesional para que se aplique la Ley 1/2007, de 16 de noviembre.

Por otra parte, también resultan esclarecedoras las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia. En este sentido, nos parece fundamental la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de enero de 2005, en la que el criterio delimitador del concepto de consumidor es el destino final de los bienes o servicios, atendiendo a los contratos de doble finalidad, esto es, aquellos contratos celebrados, en parte, con fines profesionales o comerciales y, en parte, con fines ajenos a la

---

<sup>51</sup> Modificado por el artículo 1 y 2 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE, núm. 76, de 28 de marzo de 2014).

<sup>52</sup> Esta última delimitación conceptual no entra en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2013/11/UE, dado que no incluye en el ámbito de aplicación a las personas jurídicas y a las entidades que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial [art. 4.1. a) DRACMC]. Ello entendemos que sucede así, porque el legislador español ha optado por introducir un concepto más amplio y beneficioso en la transposición de la norma al ordenamiento jurídico español.



actividad profesional del contratante<sup>53</sup>. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estamos en presencia de un contrato de consumo, cuando el uso comercial sea tan limitado que no predomine el uso del producto o servicio (cfr., cdo. 18 DRACMC)<sup>54</sup>.

En efecto, conforme a lo que establece la Directiva 2013/11/UE, los contratos mixtos o de doble finalidad serán calificados como una relación jurídica de consumo, si el uso destinado a la actividad comercial por parte del contratante es menor en comparación con la finalidad ajena a la actividad comercial. Dicho de otra manera, tendrá la condición de consumidor quien actúe con fines ajenos a su actividad profesional, comercial, oficio o profesión y, en caso de que exista algún fin comercial, no deberá ser predominante en el contexto global de la compraventa o la prestación de servicios<sup>55</sup>.

En cambio, si nos atenemos a la jurisprudencia posterior a 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece haber cambiado su interpretación, en tanto que determina el concepto de consumidor en base al criterio de que la actividad se desarrolle o no al margen de una actividad profesional<sup>56</sup>.

Criterio este, que es acogido en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2017. El conflicto que se plantea en la sentencia responde a la posibilidad de considerar consumidor a la persona que adquiere un bien o servicio con fines mixtos, es decir, para satisfacer una necesidad personal, al tiempo que lo destina a fines comerciales y profesionales. Ello, teniendo en cuenta que ni el artículo el artículo 1 de la Ley 26/1984 ni el artículo 3 de la Ley 1/2007, contemplan este supuesto, por lo que es posible optar por tres soluciones: (i) que el contratante sea siempre consumidor, pues a veces usa el bien o servicio

---

<sup>53</sup> El Abogado General expuso en sus conclusiones que: «una persona que celebre un contrato para un uso en parte relacionado con su actividad profesional y en parte ajeno a la misma no puede invocar la regla de competencia de los artículos 13 y siguientes del Convenio de Bruselas, a menos que el uso relacionado con su actividad profesional sea insignificante».

<sup>54</sup> STJCE (Sala 2ª), de 20 de enero de 2005, asuntos acumulados C-464/01 y C-46/01, *Gruber/Bay Wa AG*.

<sup>55</sup> Sobre estos contratos, hemos de advertir que el legislador español guarda silencio en la Ley 7/2017. En cambio, la norma europea, los contempla según el fin con el que se haya llevado a cabo la compraventa. Si el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto total de la compraventa o la prestación de servicios, el contratante deberá ser considerada consumidor.

<sup>56</sup> ATJUE (Sala 6ª), de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, *Tarcau*. En el mismo sentido, la STJUE (Sala 4ª), de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, *Costea*. Esta interpretación también fue acogida por la STS (Sala 1ª), núm. 16/2017, de 16 de enero (núm. de recurso: 2718/2014).

para bienes personales; (ii) que nunca lo sea, ya que lo usa a veces para fines profesionales; o, (iii) que lo sea en atención al uso predominante o principal del bien adquirido<sup>57</sup>.

En el supuesto objeto de estudio, el Tribunal Supremo decide que: «*de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, y de las sentencias y el auto del TJUE antes citados, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato litigioso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor*» (FJ 5º)<sup>58</sup>.

### 1.1.1. El concepto de consumidor persona física

Los problemas que han surgido en la práctica a la hora de interpretar el concepto de consumidor han hecho que, por vía de la integración que realizan los tribunales, se haya ido modificando la regulación legal del mismo; de ahí que afirmemos que no nos encontremos ante un concepto “estático”, sino más bien ante un concepto dinámico, que está en constante evolución y que se va adaptando a las necesidades de la sociedad. Ello abona la necesidad de acudir a la jurisprudencia europea y nacional para aproximarnos al concepto legal, pues no son pocas las cuestiones prejudiciales que los tribunales nacionales han planteado sobre esta cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> En este sentido, es de gran importancia, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de enero de 2018, pues es la primera que vez que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el concepto de consumidor en relación con las redes sociales y la protección de datos: (i) «*El artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 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, debe interpretarse en el sentido de que un usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de «consumidor» en el sentido de ese artículo cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales; y, (ii) El artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a la acción de un consumidor con la que pretende ejercer ante el tribunal del lugar en el que está domiciliado no sólo sus propios derechos, sino también derechos cedidos por otros consumidores domiciliados en el mismo Estado miembro, en otros Estados miembros o en terceros Estados*» [STJUE (Sala 4ª), de 25 de enero de 2018, asuntos acumulados C-498/16, *Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited*, C-616/16 y C-617/16, *Gianni Pantuso* y otros]. Para un mayor abundamiento sobre esta sentencia, *vid.*, MORENO GARCÍA, L., “Delimitación del «fuero del consumidor» en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, en *Diario La Ley*, núm. 9270, 2018. En el mismo sentido, la STCE (Sala 2ª), de 20 de enero de 2005, asunto *Gruber/Bay Wa AG*; y, la STJUE (Sala 1ª), de 14 de marzo de 2013, asunto C-419-11, *Ceská sporitelna, a.s./Gerald Feitcher*.

<sup>58</sup> STS (Sala 1ª), núm. 224/2017, de 5 de abril (núm. de recurso: 2783/2014). En el mismo sentido, la STS (Sala 1ª), núm. 676/2016, de 11 de mayo de 2016 (núm. de recurso 1489/2013).

<sup>59</sup> En este sentido, Moreno Blesa indica que el concepto de consumidor no se constituye como un término subjetivo permanente, sino que la condición de consumidor se atribuye a quien actúe de un modo determinado y con relación exclusivamente a esa actuación [*Vid.*, MORENO BLESA, L., “La resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015, p. 6; y, BONACHERA VILLEGAS, “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*” (Ariza Colmenarejo/Fernández-Figueras Morales, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2018, p. 63].

De la abundante jurisprudencia respecto al concepto de consumidor, hemos extraído algunos supuestos de gran relevancia. Merece ser destacada, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2015, en la que se declara que una persona física que ejerce la abogacía y celebra un contrato de crédito con una entidad bancaria sin que se precise el destino del mismo, puede considerarse «*consumidor*» a efectos del artículo 2, letra *b*) de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, siempre y cuando el contrato no se encuentre vinculado a la actividad profesional del abogado. Por lo tanto, carece de importancia el hecho de que el préstamo crediticio nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicho sujeto en su condición de representante de su bufete de abogados, aunque los bienes gravados estén destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como es el inmueble perteneciente al bufete<sup>60</sup>.

Otra de las resoluciones que más trascendencia ha tenido a la hora de interpretar el concepto de consumidor, es la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2018, dado que en ella se recogen parámetros de gran relevancia para delimitar el concepto de consumidor. Lo que la parte recurrente pretende obtener del Tribunal Supremo es precisamente tal condición, alegando como base para la estimación de su pretensión, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que venía señalando que el concepto de legal de consumidor del artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se refiere a la actuación de aquel en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, y no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente.

Lo más significativo del fallo de esta sentencia es que determina cómo ha de aplicarse en el tiempo la Ley 3/2014, de 27 de marzo, concluyendo el Tribunal Supremo que no resulta de aplicación la modificación introducida en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Aunque a fecha de presentación de la demanda había entrado en vigor la reforma, se tiene en cuenta la fecha de la firma del contrato, y la misma era anterior a la modificación legal.

---

<sup>60</sup> STJUE (Sala 4ª), de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, *Costea/Volksbank Romania SA*.

Por otra parte, de esta misma sentencia interesa destacar, la circunscripción del ánimo lucrativo como carácter a tener en cuenta para determinar qué personas jurídicas pueden tener la condición de consumidores. Lo cual nos pone en la tesitura de precisar, qué ocurre con las personas físicas que actúen en un ámbito ajeno o realicen una actividad profesional o empresarial, pero con ánimo de lucro.

A nuestro juicio, habrá de observarse caso por caso<sup>61</sup>, esto es, si la actividad se realiza con regularidad o concurre cualquier otra circunstancia para que el sujeto sea considerado consumidor o empresario —*v. gr.*, comprar y revender inmediatamente inmuebles o acciones—, ya que, si lo hace en un corto período de tiempo o con un enriquecimiento excesivo, se puede presumir que está realizando una actividad profesional o empresarial. Estas dudas nos surgen, por ejemplo, cuando la persona física realiza las reventas de inmuebles habitualmente, especialmente, en los supuestos en los que la persona física que realiza la actividad no está dada de alta como agente inmobiliario. Ello nos puede hacer pensar que es un empresario individual, al reunir los requisitos que para el mismo regula el artículo 1.1 del Código de Comercio.

Por ello, atendiendo al caso que nos ocupa, concluimos que la adquisición de bienes inmuebles por una persona física que realiza la reventa de los mismos en el plazo de una, tres, seis o quince semanas con fines lucrativos, no hará que el sujeto pierda la condición de consumidor, salvo que quede acreditada que la actividad se desarrolla de manera profesional conforme a los requisitos señalados en el Código de Comercio<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que, para calificar la relación jurídica de carácter empresarial, el tribunal nacional deberá «atender al caso concreto». Es el órgano jurisdiccional remitente el que debe examinar sobre la base de los elementos que dispone si una persona física que publica al mismo tiempo en una plataforma en línea ocho anuncios en los que vende bienes nuevos y de segunda mano actúa «con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión», o bien bajo los rasgos que caracterizan la relación empresarial; y ello, conforme al concepto de «comerciante» establecido en el artículo 2, letra *b*) de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales y el artículo 2.2 de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores. Así, concluye el Tribunal que los criterios señalados no son taxativos ni exclusivos, por lo que el hecho de cumplir uno o varios criterios no determina necesariamente que la persona dedicada a la venta en línea se encuentre incluida en el concepto de «comerciante» [STJUE (Sala 5ª), de 4 de octubre de 2018, asunto C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite/Evelina Kamenova*].

<sup>62</sup> STS (Sala 1ª), núm 449/2018, de 13 de julio (núm. de recurso: 1029/2017). En el mismo sentido interpreta el Tribunal de Justicia, que la intención lucrativa no debe ser excluyente del concepto de consumidor. STJCE (Sala 1ª), de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06, *Hamilton*; y, STCE (Gran Sala), de 25 de octubre de 2005, asunto C-350/03, *Schulte*, respecto a los contratos de inversión. En el mismo sentido, las SSTs (Sala 1ª), núm. 16/2017, de 16 de enero (núm. de recurso: 2718/2014); núm. 39/2017, de 20 de enero (núm. recurso: 3264/2014); núm. 38/2017, de 20 de enero (núm. de recurso: 3238/2014); y, núm. 37/2017, de 20 de enero (núm. de recurso: 2959/2014).

Asimismo, nos parece relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de abril de 2020, pues señala un concepto de consumidor concreto a los efectos de dilucidar los fueros de protección del Reglamento (UE) 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>63</sup> (art. 17. 1). Fueros, que serán distintos según el reglamento que analicemos.

La cuestión prejudicial que plantea el *Tribunal Especializado de Cluj* (Rumanía) en esta sentencia es saber, si una persona física que realizar operaciones financieras a través de una sociedad financiera puede ser calificada como consumidor si la celebración del contrato con la entidad financiera no forma parte de su actividad profesional, dada la necesidad de determinar si tal persona es o no consumidor, a efectos de determinar el órgano judicial competente para el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales. Señala el tribunal textualmente lo siguiente:

*«El Reglamento 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la determinación del órgano jurisdiccional competente, una acción de responsabilidad civil delictual ejercitada por un consumidor está comprendida en el capítulo II, sección 4, de ese Reglamento si está vinculada indisolublemente a un contrato efectivamente celebrado entre tal consumidor y el profesional, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional».*

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea permite cierto margen de discrecionalidad a los tribunales nacionales a la hora de determinar el concepto de consumidor. A tales efectos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que el Tribunal de Rumanía deberá pronunciarse sobre el carácter que cabe dar a la actividad financiera, esto es, si la actividad que realiza como consumidor es indisoluble de la actividad que lleve a cabo la persona física como empresario<sup>64</sup>.

Otro de los problemas que hemos detectado en la delimitación del concepto de consumidor viene de la mano de aquellos supuestos en los que intervengan en la contratación terceras personas que resulten obligadas a las recíprocas obligaciones. En este contexto, nos cuestionamos, por ejemplo, qué ocurre con los préstamos en los que una persona física fía

---

<sup>63</sup> DOUE, núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

<sup>64</sup> STJUE (Sala 4ª), de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18, *AU y Reliantco Investments LTD*. En el mismo sentido, la STJCE (Sala 6ª), 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl*; y, STJUE (Sala 1ª), de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18, *Petruchová* (ap. 39 y jurisprudencia allí citada).

al prestatario, y mayor es la duda, cuándo este fiador es un profesional o empresario individual.

Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que viene a declarar que el fiador tendrá la consideración de consumidor cuando actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional. Ello normalmente acontece cuando entre el fiador y el deudor no existen vínculos funcionales, como ocurre, por ejemplo, entre una sociedad y su administrador<sup>65</sup>.

También presentan ciertas dudas aquellos supuestos en los que el usuario financiero se subroga en el préstamo hipotecario. Dudas que pueden apreciarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018, en la que se resuelve un recurso de casación frente a la resolución que desestima un recurso de apelación interpuesto por una entidad financiera contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 8 de enero de 2015<sup>66</sup>. El Tribunal Supremo, aplicando la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017<sup>67</sup>, señala que la condición de consumidor en los supuestos de cláusulas abusivas en la novación subjetiva o sucesión contractual, vendrá determinada por el artículo 2, letra *b*) de la Directiva sobre cláusulas abusivas<sup>68</sup>, habida cuenta de que un contrato celebrado entre una entidad financiera y una sociedad mercantil, en principio, no queda amparado por la citada Directiva.

Así pues, cuando una persona física se subroga en el contrato de préstamo y asuma las obligaciones contractuales frente a la entidad financiera habiéndose celebrado el contrato con una sociedad mercantil, aquella podrá obtener la condición de consumidor cuando carezca manifiestamente de cualquier vinculación con la sociedad inicialmente contratante, a modo de lo que hemos visto en la relación con el fiador. Ello es así, porque el contrato inicial y el contrato de subrogación posterior han de tener un tratamiento diferenciado, lo cual permite que, producida la subrogación del comprador en un préstamo hipotecario, este pueda obtener la condición de consumidor y, en su caso, la declaración de abusividad y

---

<sup>65</sup> ATJUE (Sala 10ª), de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15, *Dimitras*.

<sup>66</sup> SJM (núm. 1), de Sevilla, núm. 9/2915, de 8 de enero (núm. de recurso: 1184/2014).

<sup>67</sup> ATJUE (Sala 10ª), de 27 de abril de 2017, asunto C-535/16, *Bachman*.

<sup>68</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE, núm. 95, de 21 de abril de 1993).

nulidad de la cláusula suelo conforme a lo establecido en la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas<sup>69</sup>.

Por otra parte, como ya señalamos en líneas precedentes, se ha introducido en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios una subcategoría dentro del concepto de consumidor, el de persona consumidora vulnerable. Sin embargo, la norma reserva este subtipo para los consumidores personas físicas, quedando excluidas las personas jurídicas que eventualmente pudieran considerarse consumidores. A pesar de lo sorprendente que nos pueda parecer, no nos encontramos ante un concepto nuevo, dado que aquella ley, ya hacía referencia a la especial atención que debe prestarse a los consumidores especialmente vulnerables.

El refuerzo actual de estos consumidores ha dado lugar a que se tenga que modificar el artículo 8 de esta misma ley, que regula los derechos básicos de los consumidores y usuarios. En concreto, se ha modificado la letra *f*) del precepto, que regulaba la protección de los derechos de los consumidores mediante procedimientos eficaces ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión, es decir, situaciones en las que pueda encontrar cualquier consumidor, como acontece, por ejemplo, en los contratos de adhesión. Ello nos lleva a la necesidad de encuadrar dicha protección, con carácter general y, en relación con las personas consumidoras vulnerables.

Dicho esto, lo difícil será precisar qué entiende la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por personas físicas vulnerables, dado que estas pueden ser vulnerables por diversas razones: bien por razón de la edad (*v. gr.*, la minoría de edad), por discapacidad, o bien por otras razones derivadas de factores económicos, como pueden ser las ocasionadas a consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19.

Algunas pistas de lo que se entiende por «*consumidor vulnerable*» en el sector eléctrico nos las da la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de mayo de 2018, que aun siendo anterior al Real Decreto 1/2021, nos da luz sobre este concepto, pues delimita el núcleo de consumidores en situación de «*vulnerabilidad económica*» o en situación de «*pobreza*»

---

<sup>69</sup> STS (Sala 1ª), núm. 24/2018, de 17 de enero (núm. de recurso: 1412/2015). En el mismo sentido, las SSTS (Sala 1ª), núm. 643/2017, de 24 de noviembre (núm. de recurso: 51472015); núm. 25/2018 (núm. de recurso: 1667/2015); y, núm. 42/2018 (núm. de recurso: 1713/2015).

*energética*», a los supuestos en los que los sujetos en cuestión sean preceptores del bono social<sup>70</sup>.

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que el concepto de «*consumidor vulnerable*» debemos interpretarlo de forma amplia, incluyendo no solo a los consumidores que son vulnerables por razón de la edad o discapacidad o tener afectadas sus capacidades psíquicas, sino también a los consumidores que, por circunstancias sociales, como la crisis provocada por el Covid-19, vean mermada su capacidad económica y se enfrenten al corte del suministro de la luz o agua en la vivienda.

### **1.1.2. El concepto de consumidor persona jurídica**

En el ordenamiento jurídico español, la persona jurídica también puede ser considerada consumidor atendiendo a unos criterios determinados. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley General de Consumidores y Usuarios indica que el concepto de consumidor o usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «*personas jurídicas*» (ap. III, párr. 2º *sic*). Sin embargo, esa adaptación no significa que la normativa europea incluya a las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, pues precisamente, con carácter general, las directivas solo incluyen a las personas físicas.

Por su parte, el artículo 3.1 (ap. 2º) de la Ley 1/2021, de 19 enero, sigue incluyendo en el concepto de consumidor a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial; pero lo difícil es determinar si el sujeto puede tener o no reconocida personalidad jurídica, si tiene o no ánimo de lucro, o si actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial. De ahí, que la Ley General de Consumidores y Usuarios tenga en cuenta la intervención de la persona jurídica en la relación jurídica de consumo, esto es, que intervenga con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final sin incorporarlos directa o indirectamente en procesos productivos, bien para comercializar con ellos, o bien para prestarlos a terceros.

---

<sup>70</sup> STC (Pleno), núm. 54/2018, de 22 de junio (núm. de recurso: 5459/2015). Al hilo de lo que hemos señalado, el Tribunal Constitucional indica que la delimitación del concepto de «*consumidor vulnerable*» en el sector eléctrico y en el sector de hidrocarburos es una competencia exclusiva del Estado, derivada del artículo 149.1 (ap.13) y 25 de la Constitución Española, por lo que las comunidades autónomas no tienen la competencia para delimitar un concepto distinto al que señala la norma estatal.



Así pues, el vigente artículo 3 de la Ley 1/2021 sigue las líneas señaladas en la Ley 3/2014, pues el sujeto será considerado consumidor persona jurídica si actúa sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. En este sentido, Moreno García indica que el consumidor persona jurídica ha de cumplir tres requisitos:

- En primer lugar, *el consumidor debe tener personalidad jurídica*. Para el conocimiento de los sujetos a los que se les reconoce personalidad jurídica, debemos acudir al Código Civil, que señala que tendrán reconocida tal condición, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, así como las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados (art. 35 CC).
- En segundo lugar, *la actuación del consumidor persona jurídica debe desarrollarse en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial*. Con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley General de Consumidores y Usuarios de 2014, la doctrina y la jurisprudencia consideraban consumidores personas jurídicas a los sujetos que no tenían ánimo de lucro y adquirían bienes y servicios como destinatarios finales<sup>71</sup>. Ello suponía excluir en todo caso a las sociedades, pues no cumplían los requisitos anteriores, por lo que podrán ser consumidores personas jurídicas atendiendo a este criterio, las fundaciones y las asociaciones<sup>72</sup>.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley General de Consumidores y Usuarios, algún autor, como Cámara Lapuente, cambia el criterio del ánimo de lucro y del destino final de los bienes, y se atiene al criterio de la actividad económica, de la habitualidad y del vínculo funcional con la que se desarrolle la actividad comercial, concluyendo que quedarían incluidas las asociaciones,

---

<sup>71</sup> En este sentido, Acedo Penco consideró que, conforme al artículo 1 de la Ley de 1984, la persona jurídica consumidora no debía tener ánimo de lucro, y que las asociaciones de consumidores rara vez ejercitaban los derechos que le concedía la Ley de Consumidores y Usuarios en su condición de consumidores [*Vid.*, ACEDO PENCO, A., “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico”, en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 18, 2000, p. 317; y, MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 78.

<sup>72</sup> Así, MARÍN LÓPEZ, J.J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Nieto Carol, dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 155; y, MORENO GARCÍA, L., *ibidem*, p. 79.

siempre que no sean de profesionales o de empresarios<sup>73</sup>. A nuestro juicio, entendemos que sí es posible incluir a las asociaciones en el concepto de consumidores personas jurídicas y también a las fundaciones, dado que no desarrollan actividades económicas en sentido estricto y, en el caso de que las realicen, ha de atenderse al carácter con el que se realiza la operación si la operación, es decir, si las lleva a cabo conforme a los rasgos que definen a los consumidores o como un empresario o profesional<sup>74</sup>;

Y, en tercer y último lugar, será necesario *que no exista ánimo de lucro*. Requisito este incluido en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que expresamente exige que las personas jurídicas no tengan ánimo de lucro; normalmente actúan sin ánimo de lucro las asociaciones, las corporaciones y las fundaciones.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, de 22 de noviembre de 2001, declaró que las empresas a las que se refiere la sentencia no pueden tener la consideración de consumidores a efectos de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque se trata de sociedades profesionales a las que no se les puede atribuir tal condición, habida cuenta de que el contrato al que hace referencia la posible cláusula abusiva respecto del cual se planteó la cuestión prejudicial se firmó en el ejercicio de su actividad profesional. De ahí que el Tribunal de Justicia concluya que a la luz del artículo 2, letra b) de la Directiva sobre cláusulas abusivas el concepto de consumidor incluye a las personas físicas y no a las jurídicas<sup>75</sup>.

Interpretación esta, que consideramos trasladable al concepto de consumidor señalado en las Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo y en la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre. Directivas estas que tampoco incluyen en el concepto de consumidor ni a las personas jurídicas ni a los entes sin personalidad jurídica. De ahí que concluyamos dos aspectos fundamentales: por un lado, que el concepto de consumidor es distinto en función de la norma que lo regule; y, por otro, que generalmente el concepto de consumidor es más restrictivo en la normativa europea que en las correspondientes normas de transposición al ordenamiento jurídico español.

---

<sup>73</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Artículo 3”, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 132 y 133.

<sup>74</sup> En el mismo sentido, MORENO GARCÍA, L., *ibidem*, p. 79.

<sup>75</sup> STJCE (Sala 3ª), de 22 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, *Cape Sic./Idealservice* y C-542/99 *MN RE Sas/OMAI Srl*.

Habida cuenta de que la sentencia que hemos analizado es de 2001, debemos indicar que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que son posteriores a 2014 incluyen en el concepto de consumidor a las personas físicas y a las personas jurídicas atendiendo tres criterios: (i) que la actividad se desarrolle en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial; (ii) que no exista ánimo de lucro; y, (iii) la habitualidad con el que el consumidor persona jurídica lleve a cabo la actividad<sup>76</sup>.

Llegados a este punto, debemos hacer referencia a la interpretación que realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2019 sobre el concepto de consumidor persona jurídica. Esta sentencia excluye de la condición de consumidor a una empresa, porque la celebración del contrato era anterior a la modificación del concepto dado a la Ley General de Consumidores y Usuarios por la modificación; de suerte que la persona jurídica debía ser incluida en el concepto de empresario conforme al artículo 4 de la Ley General de Consumidores y Usuarios<sup>77</sup>.

Como epílogo de este apartado, concluimos señalando que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de febrero de 2019, sigue los parámetros señalados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al señalar que:

*«El concepto de consumidor (...) debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. (...)»<sup>78</sup>. Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional»<sup>79</sup>.*

---

<sup>76</sup> En la jurisprudencia menor hemos constatado que en algunos casos se viene incluyendo en la categoría de consumidor a las fundaciones que carezcan de ánimo de lucro. Muestra de ello es la SAP de Pontevedra, (Sección 1ª), de 30 de junio de 2017 (ROJ: 1393/2017); o, la SAP de Barcelona (Sección 4ª), de 6 de mayo de 2013 (JUR 2013/222884). En cambio, no les reconoce tal condición, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª), de 3 de febrero de 2014 (JUR 2014/183205). Por su parte, la STS (Sala 1ª), núm. 232/2021, de 21 de abril (núm. de recurso: 1619/2018) considera consumidor persona jurídica a una asociación deportiva porque que solicita un préstamo hipotecario para dedicarlo a la mejora de sus instalaciones, concluyendo el Supremo que no existe en este supuesto ánimo de lucro.

<sup>77</sup> STS (Sala 1ª), núm. 307/2019, de 3 de junio (núm. de recurso: 3958/2016).

<sup>78</sup> STJUE (Sala 1ª), de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, *Schrems* (ap. 29).

<sup>79</sup> STJUE (Sala 2ª), de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank/St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*; y, STJUE, cit. *supra* (ap. 30 y jurisprudencia allí citada).

### 1.1.3. Los entes sin personalidad jurídica consumidores

La modificación operada por la Ley 3/2014 incluyó también como posibles consumidores a los entes sin personalidad jurídica. Así, con carácter general, podemos definir los entes sin personalidad jurídica como una forma societaria en la que se ponen en común recursos y habilidades, con unos objetivos comunes, objetivos que pueden ser o no económicos, pero sin crear una empresa en sentido estricto. Dicho de otra manera, son agrupaciones o asociaciones de personas que ponen en juego intereses comunes y que, sin reunir los requisitos para ser consideradas personas jurídicas, actúan en el tráfico jurídico generando derechos y obligaciones.

De ahí, que para que los entes sin personalidad jurídica puedan ser considerados consumidores, deben cumplir los requisitos que cumplen las personas jurídicas para ser consideradas consumidores, salvo, lógicamente, los requisitos a los que nos referimos en las líneas anteriores para tener reconocida personalidad jurídica. De tal forma que para que las entidades sin personalidad jurídica sean consideradas consumidoras, deberán actuar en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial y actuar sin ánimo de lucro.

Por otra parte, existen distintos tipos de agrupaciones o tipologías de entidades sin personalidad jurídica, por ejemplo, las comunidades de bienes o las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (entre otras). Cada una de ellas deberá cumplir unos requisitos específicos para su constitución. Ello no quiere decir que todas las entidades sin personalidad jurídica puedan obtener la condición de consumidor.

En este sentido, Marín López indica que las comunidades de bienes no van a poder ser consideradas consumidoras, habida cuenta de que realizan una actividad empresarial<sup>80</sup>, en tanto que sí podrán ser reconocidas como tal las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, a las que, en su caso, se le podrá aplicar la normativa sobre cláusulas abusivas en determinados contratos que realice la comunidad de propietarios, por ejemplo,

---

<sup>80</sup> Cfr., MARÍN LÓPEZ, M.J., “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 15.

con una empresa de mantenimiento de ascensores<sup>81</sup>, o cualquier otro mantenimiento que realice en beneficio de la comunidad.

## **2. CONCEPTO DE EMPRESARIO EN LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**

El análisis del concepto de empresario o profesional es de gran importancia, dado que la protección especial que confiere la Ley General de Consumidores y Usuarios se extiende a las relaciones que surjan entre consumidores y empresarios (*ex art. 2*). Conforme a esta norma, el concepto de empresario comprende a toda persona física o jurídica que actúen en el ámbito público o privado, en su propio nombre o a través de un tercero del que recibe instrucciones, cuya finalidad esté relacionada con una actividad empresarial, comercial, oficio o profesión (*ex art. 4 TRLGCU*)<sup>82</sup>.

Aunque parece claro quién ostenta la condición de empresario, en la práctica se plantean supuestos conflictivos que resulta complejo determinar si el sujeto en cuestión actúa como consumidor o como empresario. Y es que, no es inusual que alguna de las partes del contrato quiere ser reconocido como consumidor, habida cuenta de la protección especial que en su caso le otorga a este la normativa de consumo, por ejemplo, a la hora de apreciar la inclusión de una cláusula abusiva en el contrato.

De entre la abundante jurisprudencia sobre esta materia, cabe destacar aquellas resoluciones que se pronuncian sobre la condición de uno de los cónyuges que avala o fía a su cónyuge, o que tiene el régimen económico matrimonial de gananciales, teniendo el otro cónyuge, deudor, la condición de empresario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2017, se pronuncia sobre esta cuestión, señalando que cuando uno de ellos realiza una actividad empresarial tendente a unificar las deudas de un préstamo empresarial, no tendrá la consideración de consumidor el otro cónyuge a los efectos de someter una cláusula abusiva a su nulidad.

---

<sup>81</sup> MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, *op. cit.*, p. 89. *Vid.*, entre otras, la SAP de Cádiz (Sección 2ª), de 15 de julio de 2014 (JUR 2014/258601); y, las SSAP de Málaga (Sección 5ª), de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2015/54521) y de 12 de diciembre de 2017 (JUR 2017/398).

<sup>82</sup> A diferencia de lo que sucede con el concepto de consumidor en la normativa europea, el concepto de empresario coincide con el concepto establecido por el legislador en la Directiva 2013/11/UE [art. 1, letra *b*) DRACMC] y con el concepto señalado en la Directiva (UE) 2020/1828, sobre acciones de representación. Si bien, no coincide la terminología, pues denominan a los empresarios y profesionales, «*comerciantes*».

La solución ofrecida por el Tribunal Supremo es meridianamente clara si se tiene en cuenta que, conforme al Código de Comercio, en el supuesto de que la persona casada realice actividades comerciales, quedarán obligado ambos cónyuges, sin perjuicio de que será necesario el consentimiento de ambos (*ex art. 6*). Si bien, el artículo 7 de la norma, permite que se presuma tácitamente el consentimiento, cuando el comerciante ejerza la actividad comercial sin que se oponga el otro cónyuge que deba prestar el consentimiento expreso<sup>83</sup>.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2018, también excluye de la condición de consumidor al sujeto que aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional tiene «*vínculo funcional*» con el contratante profesional, esto es, sin ser empresario profesional se tiene por tal, dado que la actividad que realiza no es del todo ajena a la actividad empresarial<sup>84</sup>. Interpretación esta, que también es acogida por el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de noviembre de 2015<sup>85</sup>.

En la contratación con las entidades bursátiles o financieras en las que subyace la obligación de información, lo determinante no está en conocer si el sujeto es consumidor o empresario, sino en determinar si es o no un inversor profesional. Ello acontece con relación a la obligación de información que tienen las entidades financieras en los contratos de permuta financiera, celebrados con posterioridad a la incorporación al Derecho español de la normativa *MiFID*. Normativa por la que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores<sup>86</sup>, incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 2004/39/CE, la 2006/73/CE y la 2006/49/CE. Tras la entrada en vigor de esta normativa, la falta de información de la entidad financiera permite apreciar al tribunal error o vicio en el consentimiento por parte del inversor en el momento de la contratación, atendiendo al criterio de si el sujeto es o no inversor profesional<sup>87</sup>.

Concluimos, por tanto, que al igual que ocurre con la delimitación conceptual de consumidor, el concepto de empresario o profesional ha de estudiarse caso por caso, habida

---

<sup>83</sup> STS (Sala 1ª) núm. 594/2017, de 7 de noviembre de 2017 (núm. recurso: 3282/2014).

<sup>84</sup> STS (Sala 1ª), núm. 314/2018, de 28 de mayo (núm. de recurso: 1913/2015).

<sup>85</sup> ATJUE (Sala 6ª), de 19 de septiembre de 2016, *cit.*

<sup>86</sup> BOE, núm. 304, de 20 de diciembre de 2007.

<sup>87</sup> STS (Sala 1ª), núm. 2202/2015, de 18 de enero (núm. de recurso: 2202/2015).

cuenta de que, si estamos en presencia de un contrato celebrado entre dos empresarios o profesionales, quedarán excluidas las normas de protección de los consumidores y usuarios.

### **3. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO**

Otra de las peculiaridades que caracterizan las relaciones de consumo, proviene del tipo de conflictos que pueden surgir, puesto que en las relaciones de consumo suele haber un grupo más o menos heterogéneo de personas (consumidores) que contratan con otras (empresarios o profesionales) un mismo tipo de compraventa o prestación de servicios. De ahí, que pueda suceder que estos conflictos puedan presentar una dimensión colectiva que requiere también una solución colectiva.

En este sentido, ha de indicarse que el nacimiento del Derecho de consumo, como una posible rama independiente del Derecho, ha ido en paralelo al reconocimiento de las acciones colectivas en materia de consumo. Ello conlleva que dediquemos este apartado a la introducción de la tutela colectiva de los consumidores y usuarios en sede judicial, así como al intento de las instituciones europeas de su implementación en las fórmulas extrajudiciales de resolución de conflictos. Para ello, será preciso hacer referencia a la propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación y a la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación.

#### **3.1. Tutela colectiva judicial**

Partiendo de la premisa de que la mayoría de los conflictos surgidos en materia de consumo son reclamaciones planteadas por el consumidor por la compra de un producto o servicio de escaso valor económico, sea la adquisición de unas entradas para el cine, o la adquisición de una prenda o un producto en mal estado, de un portátil o de un préstamo hipotecario, hemos de convenir que las reclamaciones planteadas por los consumidores cuantitativamente suelen versar sobre cuantías simples o bagatelarias, aunque, lógicamente, haya otras reclamaciones que puedan ser de mayor trascendencia económica. A pesar de ello, estas reclamaciones pueden afectar a una pluralidad más o menos indeterminada de consumidores. De ahí, la importancia del reconocimiento de la legitimación representativa y de las acciones colectivas, sean estas de cesación o de condena a un resarcimiento económico, entre otras. Y es que, si algo se ha puesto de manifiesto en el mundo actual es la

ineficacia mostrada por los sistemas tradicionales judiciales para hacer frente a este tipo de reclamaciones.

Y, aunque el estudio de todas las acciones colectivas que pueden ejercitarse en sede judicial desborda el objeto de este trabajo de investigación, no podemos obviar su estudio. Si bien, centraremos nuestras miras en determinar si este tipo de pretensión se puede encauzar en sede extrajudicial. Ello nos obliga a hacer referencia, a grandes rasgos, al tratamiento procesal de las mismas en vía judicial, para abordar con precisión la problemática implementación de este tipo de acciones en los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos.

A modo introductorio, hemos de indicar que haremos referencia al término “colectivo” de forma genérica, para hacer referencia a todos los supuestos en los que el ámbito de la controversia se extienda a una pluralidad de sujetos, que se determinan atendiendo a distintas variables<sup>88</sup>. Variables, que van a depender de que el hecho dañoso afecte a un grupo de consumidores y usuarios cuyos sujetos estén perfectamente determinados o sean de fácil determinación o de que sean consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación (*ex art. 11 LEC*).

Ciertamente, la admisión de estas acciones colectivas ha supuesto un gran avance en la solución de controversias en materia de consumo, especialmente, porque evitan sentencias contradictorias cuando un mismo conflicto se extiende a una pluralidad de consumidores. Es por ello, por lo que, con carácter general, surgen para dar una respuesta eficaz a los litigios en masa; de ahí que se sustentan bajo los términos de economía procedimental y celeridad.

De no preverse las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico, los consumidores se enfrentarían a un sistema que no daría una respuesta eficaz a las numerosas demandas que pudieran confluir por una pluralidad de consumidores. Ello conlleva al colapso de los tribunales y a la posible existencia de resoluciones contradictorias e incompatibles entre sí, dictadas en procesos idénticos en los que son parte una colectividad determinada o indeterminada de consumidores, intervengan estos o no activamente en el proceso.

---

<sup>88</sup> GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 18.



Frente al ejercicio de acciones individuales, las acciones colectivas pretenden, de un lado, evitar el sobrecoste del ejercicio de la acción individual del consumidor, en relación con el posible beneficio de la estimación de la pretensión ejercitada<sup>89</sup>; y, por otro, contribuir a la economía procesal, pues evitan resolver las acciones individuales una a una.

En lo que respecta al reconocimiento europeo de este tipo de acciones, hemos de decir que su admisión es fruto de los esfuerzos por parte de las instituciones europeas, que con la aprobación de las diversas directivas están logrando que los Estados miembros vayan configurando su propio régimen jurídico. Buena muestra de ello es la aprobación de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

La consecuencia de introducir las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico no impide que su implementación presente grandes retos. Retos, que aún se debaten en la doctrina y en la jurisprudencia. Entre ellos destacan, por ejemplo, los sujetos o las entidades que tienen la legitimación activa para iniciar estos procesos colectivos, o los efectos procesales que tienen los mismos sobre los procesos iniciados por un consumidor a título individual, esto es, determinar si las resoluciones que pongan fin a los procesos colectivos tienen efectos de cosa juzgada para los consumidores que no hayan sido parte de ese proceso<sup>90</sup>.

Problemas, que no fueron resueltos por nuestra norma procesal, pues si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce el ejercicio de este tipo de acciones, distinguiendo entre intereses colectivos o difusos en función de que resulte o no posible la determinación de los consumidores individuales afectados por el mismo hecho dañoso<sup>91</sup>; la práctica ha demostrado que están lejos de estar resueltos.

---

<sup>89</sup> Ello provocaría una “pasividad en la defensa jurisdiccional” y, con ello, el incumplimiento continuado por parte de los empresarios de la norma relativa a los consumidores y usuarios, ante la ausencia de reacción por parte de aquellos frente a las prácticas ilícitas (GÁSCON INCHAUSTI, F., *ibidem*, p. 17).

<sup>90</sup> Algunos autores ya han señalado los problemas que plantean las acciones colectivas en la práctica judicial. Por ejemplo, pueden consultarse, entre otros muchos, ARMENTA DEU, T., “Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español”, en *Los intereses colectivos: representación y defensa ante la administración y los tribunales. las “otras” legitimaciones*, 2012, p.1. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/292734570\\_COSA\\_JUZGADA\\_Y\\_ACCIONES\\_COLECTIVAS\\_EN\\_EL\\_ORDENAMIENTO\\_PROCESAL\\_CIVIL\\_ESPANOL](https://www.researchgate.net/publication/292734570_COSA_JUZGADA_Y_ACCIONES_COLECTIVAS_EN_EL_ORDENAMIENTO_PROCESAL_CIVIL_ESPANOL) (consulta: 13 de noviembre de 2018); y, BONACHERA VILLEGAS R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 93-106.

<sup>91</sup> Sobre las acciones colectivas en sede judicial, *vid.*, BUJOSA VADELL, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995; SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de*

Por lo que afecta a la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, reconoce legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para la defensa de los intereses generales y de sus asociados (art. 11.1 LEC), concretando más adelante quién ostenta legitimación en función del interés que esté en juego.

Cuando los perjudicados por el mismo hecho dañoso sea un grupo de consumidores o usuarios que estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación les corresponderá a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas, cuya finalidad sea la defensa o la protección de los intereses de los consumidores (art. 11.2).

En los supuestos en los que se trate de una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación corresponderá en exclusiva a las asociaciones de consumidores que la ley señale como más representativas (art. 11.3), así como al Ministerio Fiscal para el ejercicio de cualquier acción (art. 11.5).

Algún reputado autor, como es Gascón Inchausti, se refiere a los intereses colectivos para hacer referencia a los derechos e intereses de los consumidores que son determinados o de fácil determinación, pues sus intereses son dañados a título individual, en tanto que se refiere a intereses difusos, para hacer referencia a la defensa de los intereses de los consumidores que no resulta posible su determinación o son de difícil determinación, bien por la naturaleza del bien jurídico lesionado, bien porque resulta imposible probar en el proceso la titularidad del bien<sup>92</sup>.

---

*los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999; SENÉS MOTILLA, C., “Las partes en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, núm. 1, 2000; BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GONZÁLEZ CANO, M.I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos: (con jurisprudencia asociada) (Derecho-Práctica Jurídica)*, Tecnos, Madrid, 2005; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de los consumidores*, Edisofer, Madrid, 2005; GARCÍA VILA, M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; BONACHERA VILLEGAS R., *ibidem*; MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas: tratamiento sustantivo y procesal*, op. cit.; y, MONTESINOS GARCÍA A., *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

<sup>92</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, op. cit., p. 18.

En lo que respecta a la eficacia que despliega la sentencia dictada en un proceso colectivo en los procesos individuales, la solución tampoco ha sido unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Parte de la doctrina procesalista sostiene la eficacia de cosa juzgada de la sentencia estimatoria derivada de una acción colectiva sobre las acciones individuales<sup>93</sup>, en tanto que otros, sostienen la eficacia de cosa juzgada sea cual sea el sentido de la sentencia, estimatoria o desestimatoria de la pretensión<sup>94</sup>.

La jurisprudencia en este sentido también es muy abundante. Mención especial merece la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, en la que se señala la extensión subjetiva de la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso colectivo, esto es, frente a todos los consumidores que han sido parte en el proceso, como para los que no lo fueron, teniendo efectos de cosa juzgada en las posteriores demandas iniciadas por un consumidor individual<sup>95</sup>.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de abril de 2016, vino a agudizar esta cuestión, al señalar que:

*«La relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones debe conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13»<sup>96</sup>.*

Si bien es cierto, que más tarde señala que no se puede alterar el efecto de cosa juzgada previsto por la legislación procesal interna. De tal forma que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 24 de febrero de 2017, sigue los parámetros del Tribunal de Justicia de la Unión

---

<sup>93</sup> Vid., DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2005, pp. 188 y 189; y, TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Artículo 222. Cosa juzgada material”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Cordón Moreno/Armenta Deu/Muerza Esparza/Tapia Fernández, coords.), Aranzadi, Navarra, 2001, p.815.

<sup>94</sup> Vid., DE LA OLIVA SANTOS, A., *ibidem*, pp. 187 y 188; y, DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres y Banacloche Palao), “Artículo 222. Cosa juzgada material”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 402; y, ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 72; y, PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 217 y ss.

<sup>95</sup> STS (Sala 1ª), núm. 241/2013, de 9 de mayo (núm. de recurso 485/2012), relativa a los efectos que provoca una acción colectiva instada por una asociación de consumidores y usuarios y los efectos de cosa juzgada material frente a terceros que no han sido parte.

<sup>96</sup> STJUE (Sala 1ª), de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, *Sales Sinués/Caixaabank y Drame Ba/Catalunya Caixa* (ap. 30).

Europea, al negar la eficacia de cosa juzgada que alega la entidad financiera en base a la Sentencia de 9 de mayo de 2013, que declaraba la nulidad de una cláusula suelo, ya que la redacción de la misma en el proceso instado por el consumidor individual, tenía una redacción diferente a las cláusulas suelo analizadas por la Sentencia de 9 de mayo; y, a mayor abundamiento, porque las acciones colectivas y las acciones entabladas por el consumidor individual tienen objetos y efectos jurídicos distintos<sup>97</sup>.

En este sentido, Senés Motilla, comparte los argumentos de la Sentencia del Supremo de 24 de febrero de 2017, que desestima la excepción de la cosa juzgada hecha valer por la entidad financiera en casación, y que condenaba a la entidad crediticia a cesar en la utilización de la cláusula suelo examinada<sup>98</sup>.

### 3.2. Tutela colectiva extrajudicial

Si ya resulta compleja la configuración jurídica de las acciones colectivas en el seno del proceso judicial<sup>99</sup> —dado que aún quedan muchos retos por consolidar en esta materia<sup>100</sup>—, más complicada resulta su reconocimiento en el seno de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. En este contexto de complejidad, las instituciones europeas vienen a dar luz a una propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE<sup>101</sup>. Esta propuesta iba a suponer un gran avance en la protección colectiva de los consumidores, pues parece que se preveía el ejercicio de acciones colectivas de representación por las «*entidades habilitadas*» más representativas, en el seno de los métodos extrajudiciales.

---

<sup>97</sup> STS (Sala 1ª), núm. 123/2017, de 24 de febrero (núm. de recurso: 453/2013).

<sup>98</sup> SENÉS MOTILLA, C., “Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación” en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 10.

<sup>99</sup> En este sentido, Silguero Estagnan se refiere concretamente a situaciones como las que se sucedieron en el caso de la Presa de Tous de 1982 en la que fueron múltiples afectados, calificando el autor el caso, como un auténtico “*calvario procesal*”; calvario, que podría haberse evitado tramitando el proceso mediante el ejercicio de una acción colectiva, pues se dieron múltiples denuncias con los mismos hechos, llegando a intervenir hasta 17 juzgados diferentes (SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 348).

<sup>100</sup> En el mismo sentido, PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acuerdos y acciones colectivas: ¿una posibilidad real?”, en *Tratado de Mediación* (Barona Vilar pr. y Blanco García, ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 75.

<sup>101</sup> COM(2018) 184 final.

A grandes rasgos, la propuesta de Directiva apuntaba a la posibilidad de que los Estados miembros designarán entidades habilitadas para la celebración de un acuerdo colectivo en sede extrajudicial. De ahí, que se indique la posibilidad de que las entidades habilitadas más representativas y el comerciante en cuestión puedan llegar a una solución colectiva sobre la reparación que procediera ofrecer al colectivo de consumidores afectados por una práctica ilegal. Este acuerdo se podría lograr al margen de un proceso judicial o una vez iniciado este. De hecho, la propuesta de Directiva se remite a la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. Y esta, a su vez, se pronuncia sobre las recomendaciones que deben seguir los Estados miembros en lo que respecta a las modalidades alternativas de solución de litigios colectivos y transacciones.

La Exposición de Motivos de la propuesta advierte que en la Directiva proyectada no se reproducen todos los elementos procesales de la Recomendación de 11 de junio de 2013, dado que estos principios son independientes. Y es que, como señala Senés Motilla, tras realizar un análisis del proyecto, se constata que el mismo no regula todos los aspectos de las acciones colectivas de representación, sino solo determinados aspectos esenciales, que son necesarios para el establecimiento de un marco que deberá complementarse con las normas procesales específicas de cada ordenamiento jurídico, de acuerdo con el principio de proporcionalidad<sup>102</sup>.

Se alienta así a los Estados miembros a que animen a las partes que sufran daños masivos a resolver la cuestión de la indemnización de modo consensuado o extrajudicialmente, tanto en la fase previa del juicio, como durante el juicio civil, teniendo en cuenta los requisitos de la Directiva 2008/52/CE, garantizando que los mecanismos judiciales al recurso colectivo incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante la tramitación del juicio puedan acceder a las fórmulas alternativas de solución de conflictos. Si bien, la terminación del mismo dependerá del consentimiento de las partes, dada dispositiva de estos procesos. Más adelante analizaremos más detenidamente esta propuesta, así como los procedimientos que algunos de los procedimientos extrajudiciales que contemplaba han sido abandonados

---

<sup>102</sup> SENÉS MOTILLA, C., “Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación” en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, p. 17.

finalmente en la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

## V. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA EUROPEA

### 1. LA DIRECTIVA 2013/11/UE

#### 1.1. Consideraciones previas

Desde que el Libro Verde diera el pistoletazo de salida a la necesidad de potenciar la solución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo, se ha aprobado una ingente normativa en torno a los instrumentos no judiciales de resolución de conflictos. Si bien es cierto que no se han conseguido aclarar muchas de las incógnitas que surgen en torno a la utilización de estos instrumentos. Es por ello, por lo que las instituciones europeas siguen intentando impulsar la creación de estos mecanismos potenciando su utilización, habida cuenta de que ayudarán en gran medida a aliviar la fuerte crisis que azota los sistemas judiciales de los Estados miembros, también colapsados, sin duda alguna, por las crisis económicas que por diversos factores han pasado los Estados miembros de la Unión Europea.

De tal forma que la Directiva 2013/11/UE surge dentro del Programa de Acción Comunitaria en relación con la política de los consumidores (2007/2013)<sup>103</sup>. A través de esta norma, los Estados miembros deberían crear procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos que garanticen a los consumidores la posibilidad de presentar sus reclamaciones en sede extrajudicial, a través de técnicas rápidas, sencillas y eficaces, que permitan el cumplimiento de los acuerdos extrajudiciales por ambas partes<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Aprobado en la Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006. Al hilo de la función tuitiva que cumple el Programa de Acción Comunitaria, han sido de gran trascendencia en materia de protección de los consumidores, entre otras, 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 (DOUE, 304, de 22 de noviembre, de 2011). Directiva cuyo objetivo es armonizar las normativas nacionales en materia de contratos entre comerciantes y consumidores, incluidos «*los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual*» (art. 3), al tiempo que pretende crear un marco uniforme a nivel europeo, que ofrezca seguridad jurídica en el mercado interior único (*ex art. 1*).

<sup>104</sup> En el mismo sentido, Fuentes Gómez, señala que: “(...) *la Ley tampoco ha estado muy afortunada en su terminología, como queda de manifiesto por lo inadecuado que es hablar para un ámbito extrajudicial de resolución de controversias de «litigios», término que se relaciona con la resolución de un conflicto ante los tribunales*” (FUENTES GOMEZ, J.C., “La mediación en materia de consumo: un comentario crítico a la nueva

En cuanto a la estructura de la Directiva, se divide en dos grandes bloques: un primer bloque, relativo al objeto y ámbito de aplicación (Capítulo I); y, un segundo bloque, relativo a los principios y requisitos aplicables a las entidades de resolución alternativa. Entidades estas cuya finalidad es la de llevar a cabo los procedimientos de resolución alternativa en materia de consumo (Capítulo II).

Como suele ser característico en las directivas europeas, esta Directiva tiene la finalidad de armonizar, siendo además una norma de mínimos que regula los requisitos de calidad que las entidades y procedimientos de resolución alternativa han de reunir. Ello quiere decir que los Estados miembros podrán mantenerlos o mejorarlos a través de sus normas de transposición, atendiendo al criterio de proporcionalidad.

La Directiva deja constancia del esfuerzo de las instituciones europeas, alertadas de la insuficiencia de mecanismos y procedimientos apropiados a través de los cuales hacer valer los derechos que se reconocen a los consumidores. Es en este contexto en el que la Unión Europea intenta dar respuesta a los problemas que impedían a los consumidores el acceso a la resolución alternativa de conflictos, por lo que el Parlamento y el Consejo Europeo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo (*ex art. 114 TFUE*) aprobó la Directiva 2013/11/UE.

Los objetivos de esta Directiva aconsejan a los Estados miembros que se garantice el acceso a las vías alternativas de resolución de conflictos, que sean sencillos, rápidos, eficaces y a bajo coste, debiendo estar orientadas a resolver los principales conflictos surgidos entre consumidores o usuarios y empresarios o profesionales. En especial, los derivados de un contrato de compraventa o de prestación de servicios, tanto en el plano nacional como transfronterizo.

Por lo que afecta al acceso a las vías alternativas en los conflictos que deriven de una compraventa, se han de garantizar estos métodos, se realice la compraventa presencialmente o de forma *online* (cdo. 4). Para la consecución de este objetivo se hace hincapié en la

---

Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Diario La Ley*, núm. 9104, 2017, p. 7). En este sentido, Bonachera Villegas indica que: “siguiendo lo establecido en el *Diccionario Español Jurídico de la Real Academia de Lengua Española y del Consejo General del Poder Judicial*, define litigio como: *pleito o proceso judicial*”. BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, pp. 45 y 46.



necesidad de que los Estados reglamenten normas de calidad, cobertura y publicidad de los medios alternativos de resolución de conflictos puestos a disposición del consumidor, dado que se evitaría que los consumidores se abstengan de realizar compras en otro Estado miembro por la falta de confianza que supone la resolución de un conflicto con un comerciante ubicado en otro Estado miembro (*ex cdo.* 6).

Con todo ello, parece indudable que el objetivo fundamental de la Directiva 2013/11/UE es garantizar un alto nivel de protección a los consumidores y usuarios, estableciendo unos requisitos mínimos de calidad de las entidades de resolución de alternativas Entidades que deberán ofrecer soluciones transparentes, imparciales, efectivas, rápidas, justas y, en principio, a coste cero.

Al tiempo que la Directiva cumple una función tuitiva respecto al consumidor, garantizando la posibilidad de que los consumidores puedan iniciar reclamaciones frente al comerciante ante una entidad de resolución alternativa previamente acreditada. En efecto, la Directiva solo hace referencia a las entidades de resolución alternativa que estén acreditadas, lo cual nos hace pensar que serán las normas internas de transposición las que deban indicar los mecanismos extrajudiciales que pueden tramitar las entidades no acreditadas.

Asimismo, la Directiva deja abierta la posibilidad de que estas entidades lleven a cabo procedimientos de resolución alternativa que sean de carácter vinculante o no vinculante para las partes, al tiempo que pueden tramitar procedimientos de participación obligatoria o voluntaria. Voluntariedad, que puede quedar matizada para el comerciante, si así lo dispone una disposición de carácter nacional con “rango de ley”, con el límite de que el método en cuestión no impida posteriormente el derecho de acceso a la jurisdicción<sup>105</sup>.

Al hilo de la voluntariedad, entendemos necesaria la distinción entre procedimientos que finalicen o no con resultado vinculante y procedimientos que sean o no obligatorios para las partes. La Directiva deja libertad a los Estados para señalar qué entidades acreditadas pueden imponer una solución al conflicto, al tiempo que considera vinculantes los procedimientos

---

<sup>105</sup> Voluntariedad que para el consumidor parece intentar diluirse en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público. Aunque analizaremos detenidamente el Anteproyecto más adelante, hemos de señalar que el legislador pretende instaurar en el orden jurisdiccional civil, el requisito de procedibilidad, estableciendo la obligatoriedad de las partes de acudir a algún medio alternativo de resolución de conflictos como presupuesto procesal de admisión a trámite de la demanda en sede judicial.

que impongan una solución a una de las partes, conlleven o no la renuncia a la vía judicial, en tanto que serán no vinculantes, si la solución viene alcanzada por un acuerdo entre las partes, que adoptan ellas mismas o con la intervención de un tercero, o que termina con una propuesta de solución, con independencia de que las partes posteriormente otorguen al acuerdo carácter vinculante o se comprometan a aceptar la proposición que efectúa el tercero que interviene en la solución del conflicto.

La Directiva también deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros puedan prever la obligación de participar en los procedimientos de resolución alternativa de resolución de conflictos, salvo que el procedimiento extrajudicial excluya la vía judicial, pero en este caso, no señala qué debemos entender por procedimientos de participación obligatoria. No obstante, entendemos por tal, los procedimientos que sean de aceptación obligatoria para ambas partes o para una de ellas.

Finalmente, concluimos indicando que de la Directiva parece deducirse un marcado carácter proteccionista hacia el consumidor y acoge a las entidades de resolución alternativa de conflictos que impongan, propongan o inviten a las partes a una solución extrajudicial. Si bien, no regula procedimientos extrajudiciales de resolución alternativa, dejando esta regulación a las normas nacionales.

## **1.2. El procedimiento para la acreditación de las entidades de resolución alternativa**

El punto de partida para adentrarnos en el estudio de las entidades de resolución alternativa que pueden ser acreditadas al amparo de la Ley 7/2017, son las normas aprobadas por las instituciones europeas: la Directiva 2013/11/UE, con carácter general y, el Reglamento 524/13/UE, para las reclamaciones presentadas por los consumidores y usuarios a través de la plataforma.

Ello nos permitirá adentrarnos finalmente en la norma que regula la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en el ordenamiento jurídico español. Ello, teniendo en cuenta que la dispersión normativa en esta materia hace cuanto menos complejo su estudio, pues adolecemos de un régimen jurídico uniforme en cuanto a procedimientos y entidades de resolución de conflictos a nivel europeo. De ahí, que cada Estado miembro decida los requisitos a imponer a las entidades de resolución de conflictos que pretendan ser acreditadas

para llevar a cabo procedimientos de resolución alternativa; al tiempo que regularán los procedimientos de resolución alternativa en la norma de transposición o en otras normas sectoriales (v. gr., en España, se ha optado por seguir la línea propuesta por el legislador europeo, dado que los procedimientos extrajudiciales se regulan en normas distintas a la Ley 7/2017, de 2 de noviembre).

Teniendo presente esta premisa, la Directiva hace referencia solo a las entidades que estén acreditadas, pero entendemos que brinda la posibilidad a los Estados miembros para que decidan qué entidades van a ser acreditadas conforme a los requisitos que establezcan las normas de transposición de cada ordenamiento jurídico, siendo posible que estos sigan llevando a cabo procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo a través de entidades que no estén acreditadas, como es el caso de España<sup>106</sup>, si bien, resolviendo conflictos de carácter interno.

Así pues, la decisión de que existan entidades o no acreditadas será competencia de cada Estado miembro. Ejemplo de cuanto exponemos lo encontramos en Portugal, único Estado miembro que limita la resolución de conflictos en materia de consumo a las entidades que estén acreditadas conforme a la normativa europea, sean nacionales o transfronterizas. Y ello es así, porque “*el legislador portugués ha decidido que no podrán seguir conociendo de arbitrajes, los Centros de Arbitraje de consumo que no accedan a la acreditación europea*”<sup>107</sup>.

La Directiva 2013/11/UE establece a lo largo de su articulado el concepto legal, los requisitos y condiciones que deben cumplir las entidades de resolución alternativa que deseen obtener la acreditación, para ser incluidas en el listado de la Comisión (ex art. 19 aps. 1 y 3)<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Vid., GONZÁLEZ PILLADO, E., “Incidencia de la ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo” en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2018, p. 22.

<sup>107</sup> CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La normativa europea de resolución de conflictos y su transposición en España: una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas del Derecho comparado”, en *Asociación para la Defensa de los Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de Andalucía* (Estudios ADICAE), Zaragoza, 2016, p. 60; y, BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 47.

<sup>108</sup> A tenor de estos preceptos, los Estados miembros deberán velar por que las entidades de resolución de conflictos que pretendan ser admitidas como tal al amparo de la Directiva, notifiquen a la autoridad competente

Las «entidades de resolución alternativa» son definidas como aquellas entidades establecidas de manera duradera, independientemente de su denominación, que ofrecen soluciones a los conflictos entre consumidores y comerciantes mediante un procedimiento de resolución alternativa que cumple los requisitos del artículo 20.2 [art. 4.1, h)].

La Directiva parte de la obligación de los Estados miembros de velar por el correcto control y funcionamiento de las entidades de resolución alternativa, al tiempo que se les encomienda facilitar el acceso de los consumidores a los procedimientos de resolución alternativa, velando por que aquellos puedan dirigir una reclamación contra un comerciante ante una entidad de resolución alternativa de conflictos que cumpla los requisitos establecidos en la Directiva (art. 5.1)<sup>109</sup>.

---

los siguientes datos: a) nombre, señas y dirección del sitio web; b) información sobre su estructura y financiación, incluida información sobre las personas físicas encargadas de la resolución de litigios, su retribución, duración del mandato, y quién las emplea; c) sus normas de procedimiento; d) sus tarifas, si procede; e) la duración media de los procedimientos de resolución de litigios; f) el idioma o los idiomas en los que pueden presentarse las reclamaciones y desarrollarse el procedimiento de resolución de litigios; g) una declaración de los tipos de litigios cubiertos por el procedimiento de resolución de litigios; y, h) los motivos por los cuales la entidad puede negarse a tratar un determinado conflicto. Motivos, que vienen tasados en el artículo 5.4: (i) que el consumidor no se haya puesto en contacto con el comerciante para intentar previamente la negociación con el comerciante; (ii) que el litigio sea frívolo o vejatorio; (iii) que el valor de la reclamación sea menor al umbral monetario preestablecido; (iv) que el consumidor no presenté la reclamación ante la entidad de resolución alternativa en el plazo de un mes, que no será inferior a un año desde la fecha en que el consumidor haya presentado su reclamación al comerciante; y, (v) que la tramitación del conflicto pueda comprometer gravemente, por otros motivos, el buen funcionamiento de la entidad de resolución alternativa.

Asimismo, la entidad de resolución alternativa deberá presentar una declaración que deberá fundamentar, si la entidad cumple las condiciones para ser considerada una entidad de resolución alternativa comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y los requisitos de calidad establecidos en el Capítulo II. Requisitos, que se refieren a: la imparcialidad, la transparencia, la independencia y la especialización (art. 6) de los órganos o personas físicas encargadas de llevar a cabo el procedimiento extrajudicial, así como a la eficacia (art.8), equidad (art. 9), libertad (art. 10) y legalidad (art. 11) con la que aquellos deberán llevar a cabo el procedimiento extrajudicial (art. 19.1).

Además, será obligación de los Estados miembros velar por que las entidades de resolución alternativa de conflictos comuniquen a las autoridades competentes cada dos años información sobre: «a) el número de litigios recibidos y los tipos de reclamaciones con los que están relacionados; b) el porcentaje de procedimientos de resolución alternativa que se interrumpieron antes de llegar a un resultado; c) la duración media de la resolución de los litigios recibidos; d) la tasa de cumplimiento de los resultados de los procedimientos de resolución alternativa, si se conoce; e) los problemas sistemáticos o significativos que ocurran con frecuencia y den lugar a litigios entre consumidores y comerciantes. La información que se comunique a este respecto podrá ir acompañada de recomendaciones sobre la forma de evitar o resolver estos problemas en el futuro; f) en su caso, una evaluación de la eficacia de su cooperación en redes de entidades de resolución alternativa que facilitan la resolución de litigios transfronterizos; g) si procede, la formación dispensada a las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios, animando a las entidades de resolución alternativa a que ofrezcan formación a las personas encargadas de llevar a cabo la resolución alternativa (artículo 6, apartado 6); y, h) una evaluación de la eficacia del procedimiento de resolución alternativa ofrecido por la entidad y de la posible manera de mejorar sus resultados (art. 19.3).

<sup>109</sup> La Directiva prevé dos alternativas para los Estados que no puedan cumplir la obligación de garantizar una entidad de resolución alternativa para los consumidores establecidos en un Estado miembro de la Unión: en primer término, que puedan garantizar la existencia de una entidad de resolución alternativa complementaria que sea competente para resolver los conflictos nacionales y transfronterizos, para los supuestos en los que el Estado miembro no cuente con una entidad de resolución alternativa acreditada; y, en segundo lugar, que los Estados miembros puedan acudir a entidades de resolución de conflictos regionales, transregionales o

Por otra parte, los Estados miembros deberán garantizar que dichas entidades cuentan con una página web actualizada. En ella se ha de facilitar al consumidor de forma sencilla información relativa al acceso al procedimiento de resolución alternativa, se tramite este o no en línea, permitiendo el intercambio de información electrónicamente o por correo. Asimismo, su ámbito de aplicación será lo suficientemente amplio como para abarcar la resolución de conflictos de carácter nacional o transfronterizo, asegurando el correcto tratamiento de la protección de datos vigente en el país correspondiente (art. 5.2).

Es responsabilidad de los Estados velar, en caso de permitir a la entidad de resolución alternativa, fijar los umbrales monetarios preestablecidos para limitar el acceso a los procedimientos de resolución alternativa, que tales umbrales no menoscaben el acceso de los consumidores a la presentación de reclamaciones ante estas entidades (art. 4.5); y ello, a nuestro juicio, porque en caso de tratarse de reclamaciones de escaso valor económico, no sería rentable para el consumidor pagar un precio superior por el acceso al procedimiento extrajudicial que el que obtendría en caso de estimación de su reclamación, lo cual contribuiría a que determinadas reclamaciones nunca encuentren respuesta, ni extrajudicial ni judicialmente.

Para los supuestos excepcionales en los que los Estados miembros permitan procedimientos extrajudiciales ante entidades de resolución de conflictos en los que las personas físicas encargadas de llevar a cabo la resolución del conflicto trabajen por cuenta ajena o reciban su salario exclusivamente por el comerciante contra el que se dirige la reclamación extrajudicial [art. 2.2, letra *a*)], serán aquellos los encargados de velar por que las entidades notifiquen a la autoridad competente de esta situación. Además de toda la información y declaraciones pertinentes, los Estados miembros deberán garantizar el cumplimiento de los requisitos de transparencia e independencia (art. 19.2). A nuestro juicio, resulta complejo acreditar la independencia y la imparcialidad de las personas encargadas de llevar a cabo el procedimiento extrajudicial en los supuestos en los que el tercero se encuentre bajo la dirección del comerciante contra el que se dirige la reclamación; de ahí, que nos congratulemos con la regulación que sobre esta cuestión realiza nuestra norma de transposición.

---

paneuropeas en las que los comerciantes de distintos Estados miembros estén cubiertos por la misma entidad de resolución alternativa, siempre que no comprometa su responsabilidad de garantizar una cobertura total y el acceso a entidades de resolución alternativa (art. 5.3).

Los Estados miembros deberán designar también una o varias autoridades competentes para llevar a cabo el seguimiento de la evaluación de las entidades de resolución alternativa. En caso de designar varias autoridades competentes, el Estado miembro comunicará la autoridad o autoridades competentes a la Comisión, designando un punto de contacto único (art. 18.1)<sup>110</sup>.

Cada autoridad competente evaluará —según la información recibida por parte de la entidad de resolución de conflictos que quiera obtener la acreditación— si cumplen los requisitos del artículo 19, apartados 1 y 3 a los que ya hemos hecho referencia, así como los requisitos sancionados por las disposiciones de carácter nacional que prevean, expresamente, requisitos no exigidos por la Directiva, toda vez que los Estados miembros disponen de un cierto margen de discrecionalidad para regular disposiciones normativas que rebasen las condiciones establecidas en la norma (art. 20.1).

Las autoridades competentes serán las encargadas de elaborar una lista de entidades alternativas que acrediten los requisitos del artículo 19, apartado 1. Tras ser acreditadas por la autoridad competente, el punto único nacional deberá notificar a la Comisión dicha lista, al objeto de ser incluidas en el listado de entidades acreditadas (art. 20.4)<sup>111</sup>. Al tiempo, cada autoridad competente publicará la lista de entidades de resolución alternativa acreditadas en un sitio web, que redirigirá al enlace creado por la Comisión<sup>112</sup>.

Finalizado el procedimiento de acreditación, las autoridades competentes deberán hacer público y transmitir a la Comisión un informe del desarrollo y funcionamiento de las entidades de resolución alternativa, a más tardar, el 9 de julio de 2018. Informe que habrán de reiterar posteriormente con una periodicidad de cuatro años y que deberá contener la siguiente información: las mejoras prácticas de las entidades, las estadísticas de los vicios

---

<sup>110</sup> Para los supuestos en los que los Estados miembros designen más de una autoridad competente, deberán notificar a la Comisión cuál será el punto de contacto único, notificando a la Comisión la lista y las actualizaciones de todas las entidades de resolución alternativa que queden establecidas en el Estado miembro (art. 20.3).

Por su parte, la Comisión elaborará una lista con las autoridades competentes, incluido, si lo hay, el punto de contacto único designado por el Estado miembro, publicando la lista en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 18.1 DRACMC).

<sup>111</sup> Puede consultarse la plataforma de entidades acreditadas en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-297\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-297_en.htm) (consulta: 2 de diciembre de 2018).

<sup>112</sup> En el caso de Italia, se ha creado la siguiente página web: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=IT>; y, en el caso de España, [http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/seccion/resolucion\\_de\\_conflictos\\_de\\_consumo.htm](http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/seccion/resolucion_de_conflictos_de_consumo.htm) (consulta realizada el 2 de diciembre de 2018).

que puedan ocasionar para el buen funcionamiento de las entidades en los conflictos nacionales y transfronterizos; y, si procede, realizará recomendaciones sobre los aspectos a mejorar para el funcionamiento eficaz de las entidades (art. 6)<sup>113</sup>.

En lo que respecta al plazo de transposición, los Estados miembros deberán dar cumplimiento a las disposiciones sancionadas en la Directiva, a más tardar, el 9 de julio de 2015 (art. 25). En el caso de España se ha cumplido tardíamente, puesto que nuestra norma de transposición fue aprobada casi dos años más tarde del plazo establecido por la Directiva.

Habida cuenta de que el objetivo inicial de la Directiva 2013/11/UE era ofrecer instrumentos que reforzaran la seguridad y la confianza de los consumidores en los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, mediante una regulación homogénea de los procedimientos de resolución alternativa (mediación, arbitraje, conciliación), lamentablemente este objetivo no se ha conseguido<sup>114</sup>, pues la Directiva no hace alusión a los procedimientos extrajudiciales. Ello ha permitido que los legisladores nacionales se hayan limitado a fomentar las técnicas de resolución de conflictos al transponer la Directiva, incrementando en determinados sectores de consumo los requisitos exigibles a las entidades que deseen obtener la acreditación.

## **2. EL REGLAMENTO 524/2013: LA PUESTA EN MARCHA DE LA PLATAFORMA «TU EUROPA»**

Junto a la Directiva 2013/11/UE, se publicó el Reglamento 524/2013, relativo a la resolución de litigios en línea en materia de consumo<sup>115</sup>. La entrada en vigor de esta norma pone de manifiesto que las instituciones supranacionales han pretendido adaptar el Derecho

---

<sup>113</sup> Además, las autoridades competentes, en el ejercicio de sus funciones de control sobre las entidades de resolución alternativa, deberán controlar periódicamente, que aquellas sigan cumpliendo todos los requisitos, una vez han sido incluidas en el listado. En caso contrario, deberán ponerse en contacto con la misma, exponiéndole y exigiéndole que cese el incumplimiento de forma inmediata. Si en el plazo de tres meses, la entidad no ha corregido el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 19.1, la autoridad competente la eliminará de la lista de entidades acreditadas, comunicando esta información a la Comisión (art. 20.2 párraf. 3º).

<sup>114</sup> Vid., JORDA CAPITÁN, E.R., “La resolución alternativa en materia de consumo en los trabajos de transposición al derecho interno español”, en *La Ley*, núm. 19, 2015, p. 1.

<sup>115</sup> Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE, núm. 165, de 18 de junio de 2013).

de consumo a las transformaciones de la sociedad, toda vez que se hace necesaria la adaptación de las técnicas alternativas de resolución de conflictos a los medios telemáticos.

El objetivo fundamental que se predica del Reglamento 524/2013/UE es el impulso de la resolución alternativa de conflictos a través de una perspectiva digital, pues no solo el volumen de compras realizadas por los consumidores ha aumentado considerablemente a través de las compras *online*, sino que, además, ha aumentado la oferta realizada por los comerciantes a través de este medio. Ello ha venido a intensificarse aún más con el masivo aumento de la utilización de los medios telemáticos que deriva de la crisis provocada por el Covid-19.

Con este objetivo en mente, el Reglamento pone en funcionamiento una plataforma de resolución alternativa para facilitar a los consumidores la posibilidad de presentar las reclamaciones en línea. Con la puesta en marcha de la plataforma, se crea un portal al que puede accederse a través de la plataforma «*Tu Europa*»<sup>116</sup>, que actualmente se encuentra en funcionamiento.

La Comisión Europea tenía encomendada la creación de la red de puntos de contacto de resolución de litigios en línea. Red que es común para todos los Estados miembros y que serviría para facilitar la formación adecuada de tales puntos (*cdo. 25 in fine*).

Asimismo, el Reglamento encomienda la obligación de cada Estado miembro de designar los puntos de contacto de resolución de litigios en línea. Estos puntos ofrecerán apoyo a los consumidores y comerciantes que sean parte en el conflicto que pretenda resolverse a través de la plataforma (*cdo. 25º in limine*). Al tiempo, los Estados miembros están habilitados para atribuir la responsabilidad de los puntos de contacto de litigios en línea a sus centros incluidos en la Red de Centros Europeos del Consumidor, debiendo estos recurrir a métodos alternativos para permitir que los puntos de contacto se beneficien de la experiencia de los centros de esta Red; y con ello, facilitar la resolución de conflictos en línea entre consumidores y comerciantes.

---

<sup>116</sup> Creado de conformidad con el anexo II de la Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público.



Es justo desde la aprobación del Reglamento cuando empiezan a potenciarse los *Online Dispute Resolution* (ODR), traducido al español como Resolución Alternativa de Conflictos en línea.

— *La plataforma europea para la resolución de conflictos en línea*

Como hemos indicado, el Reglamento 524/2013 introduce el establecimiento de la plataforma europea para la resolución extrajudicial de conflictos en línea, a la cual puede accederse mediante una ventanilla única para consumidores y para comerciantes. Las empresas que dedican su actividad a través de medios digitales tienen disponible en las páginas web un acceso directo a esta plataforma para que los consumidores realicen sus reclamaciones<sup>117</sup>. El acceso a la plataforma es posible también directamente desde la página web de la Comisión Europea<sup>118</sup>.

La plataforma cuenta además con el listado de entidades de resolución alternativa de conflictos al que las partes podrán acudir e indica que las mismas deberán cumplir los requisitos de imparcialidad, rapidez, eficacia, transparencia y equidad<sup>119</sup>.

El Reglamento permite que las reclamaciones en línea puedan iniciarse tanto por un comerciante como por un consumidor, a elección de los Estados miembros, siendo Alemania, Luxemburgo y Bélgica los únicos países que de momento permiten esta opción<sup>120</sup>. El carácter bidireccional del Reglamento difiere del carácter unidireccional de la Directiva. Dicho de otra manera, la Directiva solo contempla la posibilidad de que las reclamaciones sea iniciadas por un consumidor, por lo que el Reglamento, en este punto, no está en

---

<sup>117</sup> V. gr., *Airbnb* tiene en su página web publicada el acceso directo a esta plataforma para resolver las reclamaciones que los consumidores presenten por el alquiler en régimen colaborativo. De tal forma que una empresa que ofrece servicios en línea debe adaptarse a la normativa que señala la Unión Europea. Puede consultarse en: [https://www.hosteltur.com/107936\\_ultimatum-a-airbnb-para-que-se-ajuste-a-la-normativa-de-la-union-europea.html](https://www.hosteltur.com/107936_ultimatum-a-airbnb-para-que-se-ajuste-a-la-normativa-de-la-union-europea.html) (consulta: 28 de noviembre de 2019). Vid., DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La resolución alternativa de conflictos en línea en el alquiler colaborativo”, en *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (Munar Bernat/Martos Calabrús/ López San Luis/Bastante Granell, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2020, p. 13.

<sup>118</sup> La plataforma europea para la resolución de conflictos en línea está disponible desde el 15 de febrero de 2017 en la página web de la Comisión: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks> (consulta: 13 de abril de 2021).

<sup>119</sup> Puede consultarse el listado de entidades acreditadas por la Comisión Europea en: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2> (consulta: 30 de noviembre de 2019).

<sup>120</sup> Vid., DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La plataforma europea para la resolución de litigios en línea en materia de consumo”, en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.), Dykinson, 2017, p. 416.

correlación con la función tuitiva de la Directiva<sup>121</sup>. En este aspecto, hemos de decir que no entendemos que el Reglamento sí permita que las reclamaciones en línea sean iniciadas también por un comerciante<sup>122</sup>, pues escapa de nuestra comprensión, el fundamento último que ha motivado este diferente tratamiento.

A pesar de la posibilidad que ofrecen las normas europeas, son los Estados miembros los encargados de informar a la Comisión Europea de si su legislación permite que las reclamaciones iniciadas por un comerciante frente a un consumidor sean resueltas mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa acreditada. En la práctica, la posibilidad de que se inicie el procedimiento por parte del empresario contra el consumidor es muy excepcional. En el caso de España, esta posibilidad es muy excepcional y, en su caso, cuando se plantea, no queda amparada por la normativa de consumo<sup>123</sup>, habida cuenta de que la Ley 7/2017 excluye de su ámbito de aplicación los procedimientos extrajudiciales iniciados por los empresarios contra los consumidores<sup>124</sup>.

Por lo que se refiere a los trámites, hemos de señalar que el procedimiento para presentar una reclamación extrajudicial es sencillo, pues la propia página tiene disponible un impreso electrónico accesible en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea.

Centrándonos en las reclamaciones presentadas por un consumidor frente a un comerciante, el consumidor (parte reclamante) deberá rellenar el formulario electrónico de la reclamación (art. 8). Y esta deberá contener los datos del consumidor y de la empresa reclamada, exponiendo los motivos de la reclamación, así como la información sobre el acuerdo al que puedan llegar para seleccionar a la entidad de resolución alternativa ante la que se tramitará la reclamación.

---

<sup>121</sup> En este sentido, Conde Fuentes señala que el ámbito de aplicación del Reglamento viene limitado por la interpretación conjunta de la Directiva. Cfr., CONDE FUENTES, J., “La plataforma europea de resolución de litigios en línea ¿alternativa efectiva para los consumidores?”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 50, 2020, p. 4.

<sup>122</sup> La Ley 7/2017 recoge las reclamaciones que se inicien solo por el consumidor y, haciendo lo propio, casi todas las normas sectoriales que regulan los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo en España siguen esta línea.

<sup>123</sup> En parecidos términos, *vid.*, BONACHERA VILLEGAS R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 65. En el mismo sentido, BARRAL VIÑALS, I., “La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos con consumidores; ¿más retos o más oportunidades?”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2018, p. 12.

<sup>124</sup> *Vid.*, MADRID PARRA, A., “Directiva 2013/11 (ADR) y Reglamento 524/2013 (ODR): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo”, en *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 18, 2013, p. 5.

El uso de la plataforma será en todo caso voluntario para el consumidor; voluntariedad, que será más intensa para el consumidor que para el empresario, puesto que el Reglamento deja abierta la posibilidad de que el comerciante esté obligado a recurrir a una entidad de resolución alternativa<sup>125</sup>.

Recibido el formulario de reclamación cumplimentado en su totalidad, la plataforma tramitará automáticamente la reclamación en línea de un modo fácilmente comprensible para las partes, dando traslado a la entidad a la que las partes hayan acordado someter la solución del conflicto.

Recibida la reclamación, la entidad puede negarse a tramitar la reclamación, en cuyo caso se dará por finalizado el procedimiento. En cuanto a los motivos por los que la entidad de resolución alternativa puede negarse a tramitar la reclamación, son los expresamente sancionados en la Directiva<sup>126</sup>, sin perjuicio de las causas que puedan incluir las normativas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Asimismo, podrá ser motivo del archivo de la reclamación, el hecho de que la misma no sea resuelta en el plazo de 30 días naturales, a tener en cuenta desde la fecha en la que la misma se hubiera presentado, o en los casos en los que las partes no se pusieran de acuerdo para designar a la entidad de resolución alternativa a la que desean acudir para resolver el conflicto.

Puede suceder, en cambio, que la entidad admita a trámite la reclamación, en cuyo caso dará traslado de su aceptación e informará a las partes sobre sus normas de procedimiento y los posibles costes que pueden derivar del mismo, si los hubiere. En este sentido, algún autor considera que debería haberse previsto en la plataforma cualquier sistema que permitiera atribuir aleatoriamente cada reclamación a una de las entidades de resolución de conflictos que aparece en el listado de la Comisión, habida cuenta de que en un 94% de los casos, el motivo más usual en la terminación del procedimiento, es debido a que el comerciante no

---

<sup>125</sup> *V.gr.*, para el consumidor no serán vinculantes los acuerdos previos de someterse a arbitraje, si el convenio arbitral fue celebrado antes de producirse el conflicto entre el consumidor y el empresario, mientras que, si lo será para el empresario, si cumple los requisitos legales (arts. 57.4 LGDCU y 9 LA).

<sup>126</sup> Para un mayor abundamiento sobre estas causas de inadmisión, *vid., supra*.

acepta el medio propuesto por el consumidor para dirimir el conflicto<sup>127</sup>. Por ello, entendemos que no debería mediar la aceptación previa en los supuestos en los que la empresa se encuentre obligada por ley o por su adhesión previa. Por ejemplo, por ejemplo, cuando el Tribunal del Jurado resuelve una reclamación por el incumplimiento de un código de conducta, o cuando resuelven las Juntas Arbitrales de Consumo, a las que ya ha habido una adhesión previa.

Por otra parte, hemos de señalar que el Reglamento contempla la obligación de que las entidades de resolución alternativa informen a través de la plataforma, de la fecha de recepción del expediente de reclamación, el objeto del que versa el conflicto, así como de la fecha máxima en la que debe concluir el procedimiento (*ex art. 10*).

La entidad de resolución alternativa que admita la reclamación deberá comunicar a la plataforma en el plazo de 90 días la resolución del conflicto, tal y como establece el artículo 8, *e*) de la Directiva, independientemente del método al que las partes hayan decidido someter el conflicto (mediación, arbitraje, entre otros).

### **3. EL ENFOQUE SUBJETIVISTA DE LA NORMATIVA EUROPEA Y SU PROTECCIÓN EN ESPAÑA**

En principio, los métodos alternativos de resolución de conflictos constituyen mecanismos privados o semiprivados que pretenden solucionar un conflicto de intereses entre consumidores y empresarios, a través de la intervención de una entidad de resolución alternativa. Si bien, debemos matizar esta afirmación, dado que los mecanismos de resolución alternativa de conflictos no son del todo públicos o privados, es decir, pueden darse procedimientos en los que intervenga un órgano de naturaleza administrativa, para resolver la reclamación que presenta el consumidor. Ello acontece, por ejemplo, en el sector del transporte aéreo o en el financiero.

---

<sup>127</sup> COROMINAS BACH, S., “El sistema europeo online de solución de conflictos (ODR) en materia de consumo: evaluación empírica dos años después de su entrada en vigor”, en *La Justicia Digital en España y la Unión Europea* (Conde Fuentes/Serrano Hoyo, dirs.), Atelier, Barcelona, 2019, p. 371.

Sea cual sea la naturaleza que se otorgue a los procedimientos extrajudiciales en función de la naturaleza de la entidad que resuelva, la Directiva no regula los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, sino que establece el ámbito de actuación de las entidades acreditadas, los requisitos mínimos aplicables a las entidades para obtener la acreditación y, *grosso modo*, los mecanismos de resolución alternativa, pero sin hacer alusión a la regulación de los procedimientos en sentido estricto. Y esta es la línea que sigue el legislador español a la hora de transponer la Directiva.

Habida cuenta de la ausencia de regulación de los procedimientos extrajudiciales<sup>128</sup>, concluimos que las normas relativas a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, sea la europea o la nacional, tienen un marcado carácter subjetivista, pues no le interesa regular tanto los aspectos formales de la resolución del conflicto, como los sujetos llamados a intervenir en ella.

Ello, a nuestro juicio, puede suponer un obstáculo a la hora de establecer procedimientos sencillos que ofrezcan al consumidor la confianza para acudir a estos mecanismos, situación esta especialmente agudizada cuando se trata de resolver conflictos de carácter transfronterizo. No en vano, la regulación interna de los procedimientos, por parte del legislador nacional, conlleva a una compleja regulación de los procedimientos extrajudiciales que el consumidor deberá conocer si decide someter la resolución del conflicto nacional o transfronterizo a una entidad de resolución alternativa.

Por tanto, serán los propios Estados los que respetando lo establecido por la Directiva, desarrollen los trámites a seguir en los procedimientos extrajudiciales. Ello puede traer consigo dos consecuencias negativas: una, que los Estados miembros regulen procedimientos alternativos con diferentes estándares de calidad, fruto de la diferente concepción de esos métodos de resolución de conflictos; y, dos, que la disparidad de los estándares de calidad sea también trasladable a las entidades encargadas de gestionar los

---

<sup>128</sup> Por ejemplo, en el caso de España, el arbitraje de consumo se regula en una ley distinta a la Ley 7/2017, es decir, a través del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE núm. 48, de 25 de febrero). En el caso de la mediación, la cosa se complica aún más, dado que la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles que regula la mediación civil y mercantil en España, originariamente excluía de este tipo de mediación los conflictos con los consumidores. Si bien es cierto, que la Ley 7/2017 ha cambiado esta situación al suprimir la letra *d*) del artículo 2.2. Complicación que se acrecienta si se tiene en cuenta que la mediación puede desarrollarse en el seno del Sistema Arbitral de Consumo, que cuenta con una regulación propia, o en otras regulaciones, si es que se admite la posibilidad de acudir a otros mediadores privados.

procedimientos, pues los Estados miembros son los encargados de materializar los requisitos y condiciones que dichas entidades deberán cumplir<sup>129</sup>. Por esta razón, nuestro trabajo de investigación no solo incorpora un estudio de nuestro ordenamiento jurídico, sino también el de la normativa europea.

---

<sup>129</sup> Situación esta, que puede tener como consecuencia, además de la desconfianza de los consumidores en este tipo de procedimientos, a que los propios comerciantes eviten adherirse a ellos. En este sentido, Jordá Capitán entiende que la disparidad de términos conceptuales de los métodos de resolución alternativa puede crear cierta inseguridad jurídica en las partes a la hora de decidirse a acudir a estos métodos. Como ejemplo, cita lo que ocurre en Irlanda con la conciliación, donde se usa este término, para facilitar una solución amistosa; mientras que, en Italia, se utiliza para hacer referencia a las mediaciones llevadas a cabo por el juez, en tanto que en Reino Unido, la conciliación se refiere, exclusivamente, a la resolución de conflictos llevada a cabo en el orden social [JORDÀ CAPITÁN, E.R., “La resolución alternativa en materia de consumo en los trabajos de transposición al derecho interno español”, *op. cit.*, p. 3]. A nuestro juicio, este no es el problema más grave de la regulación, pues es indiferente la denominación de los términos que cada Estado miembro determine para estos métodos.

## **VI. LA LEY 7/2017 RELATIVA A LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO**

### **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Antes de la aprobación de la Ley 7/2017, se elaboró un Anteproyecto<sup>130</sup>, que en algunos aspectos ha sido tenido en cuenta por el legislador para la elaboración de la Ley 7/2017. No obstante, algunos de los problemas detectados en el Anteproyecto han sido trasladados a esta norma, por lo que el legislador ha desaprovechado una buena oportunidad para acabar con muchas de las dudas y deficiencias que plantean nuestras normas relativas a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo.

Uno de los problemas detectados en el Anteproyecto deriva de las escasas garantías de independencia e imparcialidad de las entidades encargadas de llevar a cabo el procedimiento de resolución alternativa, especialmente, cuando se trata de los servicios de atención al cliente dependientes de entidades financieras. Servicios, que no garantizan los principios de transparencia e imparcialidad para llevar a cabo la resolución de las reclamaciones presentadas por los consumidores y usuarios.

Y es que, a nuestro juicio, para garantizar aquellos principios, las entidades financieras deberían adoptar las medidas pertinentes para separar el departamento de servicio de atención al cliente, del resto de servicios comerciales; todo ello, con el objetivo de que el sujeto que resuelva las reclamaciones extrajudiciales lo haga de forma autónoma, sin que puedan plantearse conflictos de intereses.

Por ello, consideramos que el legislador nacional ha estado acertado al aprobar nuestra norma de transposición, dado que la Ley 7/2017 expresamente señala que la persona física que resuelva los servicios de reclamaciones y atención al cliente no puede formar parte del resto de departamentos.

Afortunadamente, aunque el Anteproyecto no tuvo en cuenta las garantías que contiene la Orden ECO/734/2004, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el

---

<sup>130</sup> El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, de 17 de abril de 2015.

defensor del cliente de las entidades financieras, sí estableció al menos una serie de límites que garantizaban de algún modo la independencia del sujeto decisor que resolvía la reclamación en las entidades financieras. Sujeto, que deberá disponer de un presupuesto suficiente e independiente del presupuesto del empresario, establecer unos requisitos que garanticen la independencia del presupuesto general del empresario y la independencia e imparcialidad del servicio de atención al cliente. Si bien, ninguno de los requisitos que indica el Anteproyecto impedían la existencia de vínculos jerárquicos con el comerciante en cuestión, tal y como establecía el artículo 6.1 de la citada Orden.

Otra de las críticas del Anteproyecto, fue la fijación de un tope máximo de 3000 euros y un mínimo de 50 como cuantía a reclamar, de tal forma que fuera de dichas cuantías, la entidad de resolución alternativa podía negarse a admitir a trámite la reclamación. Aunque esta posibilidad no es contraria a la Directiva 2013/11/UE (*ex art. 5.5*), qué duda cabe de que podía constituir un obstáculo desproporcionado para el acceso de los consumidores a dichos procedimientos; todo ello, teniendo en cuenta que, en algunas ocasiones, el consumidor reclama una cuantía incluso inferior a la cuantía mínima a reclamar. Por fortuna, esta limitación cuantitativa de las reclamaciones no ha llegado a incluirse en la Ley 7/2017.

Finalmente, también se cuestiona el establecimiento de un coste simbólico de 30 euros, exigible al consumidor por presentar una reclamación. El Anteproyecto dejaba abierta la posibilidad de que las entidades de resolución alternativa pudieran establecer que el coste del procedimiento fuera gratuito para el consumidor, o bien que el procedimiento tuviera un coste para este de 30 euros. Coste que finalmente ha sido suprimido del texto de la Ley 7/2017, siendo estos procedimientos extrajudiciales, en principio, gratuitos para el consumidor (*ex art. 11 LRACMC*).

Aunque nos congratulan estos cambios, debemos criticar el enfoque subjetivista del Anteproyecto que se ha mantenido en el texto de la Ley 7/2017. En este aspecto, no son pocos los autores que han puesto de manifiesto la oportunidad que se ha perdido con la falta de regulación de los procedimientos de resolución alternativa, esto es, de la mediación, de la conciliación y del arbitraje, entre otros. Y es que, la problemática que ya pusimos de manifiesto cuando analizamos la Directiva se ha trasladado al Anteproyecto y, posteriormente, a la Ley 7/2017, ciñéndose todas ellas a regular los requisitos de acceso a



las entidades y mecanismos de resolución alternativa, para dejar que otras normas regulen dichos procedimientos en sentido estricto<sup>131</sup>.

Habiendo puesto de manifiesto los aspectos más problemáticos del Anteproyecto, pasamos a analizar la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, que viene a dar respuesta a algunas de las obligaciones que establecen las instituciones europeas en la Directiva, al tiempo que mejora en algunos aspectos lo establecido en el Anteproyecto.

Concretamente, vamos a centrar nuestra investigación en el ámbito de aplicación, en los requisitos y en los principios que señala la Ley 7/2017 para llevar a cabo los mecanismos de resolución alternativa; todo ello, teniendo en cuenta los cambios más significativos que ha supuesto la entrada en vigor de esta norma en la resolución extrajudicial de conflictos en el sector financiero y del transporte aéreo, en concreto, los que afectan a la resolución de conflictos por AESA y las que serán resueltas por la futura entidad que regule el procedimiento extrajudicial en el sector financiero.

Sin olvidarnos, de las importantes modificaciones que la Ley 7/2017 ha introducido con relación a la mediación de consumo, toda vez que su entrada en vigor ha llevado consigo la supresión del artículo 2.2, letra *d*) de la Ley 5/2012, que excluía dicha mediación para este ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

Como punto de partida de la labor que nos hemos impuesto, se ha de tener presente que la Ley 7/2017 no va más allá de lo establecido en el articulado de la Directiva, es decir, el legislador español se ha limitado a trasponer la Directiva al ordenamiento jurídico español, sin ir más allá de los mandatos establecidos en aquella, a excepción del concepto de

---

<sup>131</sup> Para un mayor abundamiento sobre los problemas que planteaba el Anteproyecto, *vid.*, BLANCO GARCÍA, “El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de conflictos en materia de consumo y su encaje en el sector financiero”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 15, 2015, pp. 99-101. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5254111>; ÁLVAREZ VEGA, M.I., “Debilidades y carencias de la resolución alternativa de conflictos en el sector financiero y en los servicios de interés general”, en *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo: perfiles hispano-italianos* (Tomillo Urbina, dir. y Álvarez Vega/Capilli, coords.), Comares, Granada, 2016, pp. 167-205; y, SÁNCHEZ PÉREZ, L., “La nueva entidad de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera”, en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2018, p. 208.

consumidor que, como ya hemos señalado en varias ocasiones, es más amplio que el de la Directiva.

Por otra parte, el legislador español también recoge en esta norma los códigos de conducta, que resultan aplicables a los conflictos derivados de las actividades comerciales llevadas a cabo por empresarios que se hayan adherido voluntariamente a un código de conducta.

*Ad initio*, la finalidad y el ámbito de aplicación son acogidos en el Título Preliminar de la norma, que lleva por rúbrica de las «*Disposiciones generales*», que además hace alusión al objeto de la Ley. En cuanto al ámbito de aplicación, el legislador ha incorporado unas definiciones que sirven precisamente para delimitar el ámbito material de la norma. Al tiempo, se establecen los efectos que tiene la presentación de una reclamación, o, mejor dicho, los efectos que tiene la iniciación de un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos ante una entidad de resolución alternativa, en concreto, los efectos relativos a los plazos de caducidad y prescripción de las acciones judiciales (art. 4).

A su vez, señala los requisitos y obligaciones que deben cumplir las entidades de resolución alternativa para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas y en el listado nacional que realice la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición [art. 2, letras *a*) y *c*)], regulando el procedimiento para la acreditación de las entidades que deseen ejercer la resolución de conflictos en materia de consumo [art. 2, letra *b*)], así como la obligación de los empresarios y de las Administraciones Públicas competentes de informar a los consumidores de la existencia de entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo que estén acreditadas [art. 2, letra *d*)].

Del tenor de la Ley 7/2017, extraemos que el legislador español ha preferido partir de los procedimientos de resolución alternativa y de las entidades de resolución alternativa ya vigentes en el momento de la aprobación de la Ley 7/2017 a partir de la creación de nuevas entidades, debiendo aquellas adaptarse a lo que disponga la norma. Y es que, los procedimientos extrajudiciales más seguidos en España con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2017, han venido siendo, principalmente, la mediación y el arbitraje de consumo. Ello no quiere decir que la Ley 7/2017 no permita la creación de nuevas entidades,

o que las ya existentes adapten a sus requisitos para permitirles que lleven a cabo la resolución de conflictos de consumo.

Como epílogo, concluimos señalando que muchos de los errores del Anteproyecto que hemos analizado han sido reproducidos en la Ley 7/2017, por no decir que en algunos aspectos, la norma resulta ser insuficiente o poco coherente con el Derecho español ya vigente en el momento de su aprobación<sup>132</sup>. Ello se desprende también del Informe del Consejo del Poder Judicial y del Dictamen del Consejo de Estado con respecto al Anteproyecto<sup>133</sup>.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los elementos que caracterizan los conflictos jurídicos de consumo entre consumidores y comerciantes hacen posible que podamos afirmar que esta tipología de conflictos presente ciertas peculiaridades. Tanto es así, que el legislador ha optado por separar la regulación de la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en una normativa distinta y autónoma a la que regula el resto de métodos extrajudiciales en otros sectores<sup>134</sup>.

La situación anterior también es trasladable al concreto ámbito de aplicación de la norma, pues se limita a la regulación de la acreditación de las entidades de resolución alternativa.

---

<sup>132</sup> FUENTES GÓMEZ, J.C., “La mediación en materia de consumo: un comentario crítico a la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, en *Diario La Ley*, núm. 9104, 2017, pp. 1 y 2.

<sup>133</sup> Puede verse el Informe del Consejo del Poder Judicial y el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Ley de resolución alternativa en: [http://servicios.mpr.es/seacyp/search\\_def\\_asp.aspxcrypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%9%8C%8An%87%A2%7F%8B%99ts%87ui%A3%97](http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspxcrypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%9%8C%8An%87%A2%7F%8B%99ts%87ui%A3%97).

<sup>134</sup> Muestra de ello en el ámbito europeo es precisamente la Directiva 2008/52/CE, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, cuya norma de transposición deberá aplicarse a los conflictos transfronterizos en materia civil y mercantil, siempre que no se trate de derechos y obligaciones que estén en poder de disposición de las partes, versen sobre materias fiscales, aduaneras o administrativas o se reclame responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*ex art. 2*). La Ley 5/2012, que transpone aquella Directiva, resulta de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles nacionales y transfronterizas, salvo que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación que resulte de aplicación (art. 2.1), quedando excluidas del ámbito de aplicación la mediación penal [art. 2.2, letra a)], la mediación con las Administraciones públicas [art. 2, b)] y la mediación laboral [art. 2.2, c)]. Respecto de ambas normativas, hemos de decir que presentan dos características que las diferencian de la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo (DRACMC y LRACMC): en primer lugar, el ámbito de aplicación de estas últimas resulta mucho más restrictivo, pues exclusivamente se extiende a la resolución de conflictos de consumo, excluyendo en todo caso el resto de conflictos, que serán resueltos por la ley que resulte de aplicación; y, en segundo lugar, a diferencia de la normativa de consumo, la Directiva 2008/52/CE y la Ley 5/2012, sí regula el procedimiento de mediación, por lo que resulta más completa que la normativa de consumo.

Bonachera Villegas divide en tres grandes bloques los criterios o límites para delimitar el ámbito de aplicación material de la Ley 7/2017: un criterio espacial o territorial; un criterio objetivo o *rationae materie*; y, un criterio subjetivo o *rationae personae*<sup>135</sup>; división que seguimos plenamente.

## 2.1. Ámbito territorial

Según el criterio territorial, la Ley 7/2017 resulta de aplicación a la resolución extrajudicial de conflictos de consumo, sean de carácter nacional o transfronterizo, incluyendo los procedimientos extrajudiciales que se celebren o no a través de Internet o de cualquier medio telemático. Al tiempo, se establece como presupuesto que la entidad de resolución alternativa esté establecida de manera duradera en España [arts. 2.1, letra *i*) y 3.1].

Realizando una interpretación auténtica del término «*conflicto de carácter nacional de consumo*», para referirse a aquellos conflictos que se producen cuando el consumidor y el empresario tienen su establecimiento en España a la hora de realizar la orden de pedido [*ex* art. 2, *f*)]; en tanto que entiende que el conflicto es de «*carácter transfronterizo*», cuando el consumidor tenga su residencia en un Estado miembro distinto del establecimiento del empresario en el momento de realizar la orden de pedido [art. 2, *g*)]<sup>136</sup>.

Podríamos afirmar que el ámbito de aplicación espacial de la norma no tiene un alcance mundial, siendo improbable que se pueda someter a las entidades acreditadas en España los conflictos que surjan entre un consumidor residente en territorio español y un comerciante que no tenga su establecimiento en un país de la Unión Europea. Exclusión que puede explicarse, si se tiene en cuenta la finalidad última perseguida con la Ley 7/2017, que no es

---

<sup>135</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 50.

<sup>136</sup> La Ley 7/2017 hace referencia al concepto de litigio para denominar a los conflictos jurídicos en materia de consumo. Al igual que sucedía con la normativa europea en materia de consumo, consideramos más correcto utilizar el término conflicto para referirnos al ámbito extrajudicial.

Por su parte, la Directiva 2013/11/UE establece un concepto idéntico para los conflictos nacionales y transfronterizos que el de la Ley 7/2017 [art. 4.1, letras *e*) y *f*)].

En lo que respecta al Reglamento, no hace alusión a conflictos nacionales y transfronterizos, sino a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo que se celebren en línea a través de una plataforma de resolución de conflictos. Algo totalmente lógico, dado que el comercio electrónico se caracteriza por la ubicuidad, pues está disponible en todas partes y tiene un alcance global. Por tanto, el tamaño de los potenciales conflictos es más o menos el tamaño de toda la población, en este caso, Europa. Así pues, el Reglamento incluye las compras realizadas en el «*mercado en línea*», es decir, las que se realicen por Internet [art. 2, *in fine* RRCLCM], a través de un «*medio electrónico*», que se define como: «*un equipo electrónico de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos en el que todas las operaciones de transmisión, envío y recepción se hagan por medios alámbricos, radiofónicos, ópticos u otros medios electromagnéticos*» [art. 3, letra *g*) RRCLCM].

otra que la de dar cumplimiento al mandato de la Directiva 2013/11/UE, transponer aquella a nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, para determinar el ámbito territorial de la norma, debemos conocer, cuándo le corresponde a España acreditar y los requisitos que señala la Ley para obtener dicha acreditación para posteriormente, conocer ante quién se debe solicitar la acreditación.

La Ley establece distintos supuestos en los que le corresponde acreditar a España, atendiendo a la naturaleza jurídica de la entidad. De tal forma que le corresponde acreditar a las autoridades españolas si la entidad está establecida de manera duradera en el territorio nacional [arts. 2, letra *i*) y 5.1]. Si la entidad está gestionada por una persona física, se deberá solicitar la acreditación en España cuando el tercero interviniente lleve a cabo la resolución de conflictos en territorio español.

Si la entidad está gestionada por una persona jurídica, asociación de personas físicas o de personas jurídicas, la entidad deberá solicitar la acreditación en España si lleva a cabo la resolución alternativa de conflictos en nuestro territorio, o si tiene su domicilio social en España. En cambio, si la entidad está gestionada por un organismo o autoridad adscrita a ellos, la entidad deberá solicitar la acreditación a las autoridades españolas acreditantes, si dicho organismo tiene su sede en territorio nacional.

Por otra parte, hemos de convenir que la Ley tiene en cuenta los criterios de residencia y establecimiento del consumidor y empresario en vez del lugar del domicilio de las partes, para determinar el ámbito espacial de la norma, distinguiendo distintos efectos que dependerán de que la parte del conflicto sea una persona física o una jurídica<sup>137</sup>.

Para el supuesto en el que el empresario sea una persona física, el ámbito territorial vendrá determinado por un único fuero general, que será el lugar donde realice su actividad (art. 2.1). Mientras que, si se trata de otro tipo de empresa, esto es, una persona jurídica o una asociación de personas naturales o jurídicas, el ámbito espacial viene determinado por tres fueros territoriales: (i) el lugar donde el empresario realice su actividad principal; (ii) el lugar donde la empresa tenga su domicilio social o administración central; o, (iii) el lugar donde

---

<sup>137</sup> BONACHERA VILLEGAS., R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 51.

la empresa disponga de una sucursal, agencia o cualquier otro tipo de establecimiento (art. 2.2).

Establecido el requisito del establecimiento duradero en España y los criterios de residencia y establecimiento del consumidor y empresario, observamos que la Ley 7/2017, no hace alusión al plazo de tiempo que deben estar establecidas en el territorio nacional. Por consiguiente, es posible extraer dos afirmaciones: en primer lugar, van a quedar fuera del ámbito de aplicación espacial, las entidades de resolución alternativa que sean creadas *ad hoc* para la resolución de un conflicto concreto entre un consumidor y un empresario<sup>138</sup>; y, en segundo lugar, para la obtención de los requisitos exigidos a la entidad, presuponemos que ha de transcurrir un tiempo antes de que soliciten y obtengan la acreditación, toda vez que será necesario que esté establecida de forma duradera en España. Si bien, podemos obviar este conflicto temporal si tenemos en cuenta que muchas de las entidades que han obtenido la acreditación<sup>139</sup>.

Así, podemos decir que toda entidad de creación *ex novo* deberá actuar en sus inicios como entidad no acreditada, habida cuenta de que deberá esperar un plazo razonable obtener la acreditación.

Lo cierto es que el término «*plazo razonable*» para la acreditación que utiliza la Ley, es un concepto jurídico indeterminado que deja a merced de las autoridades competentes su determinación, pudiendo generar una sensación de incertidumbre a las nuevas entidades, dado que la norma no señala cuánto tiempo deben estar establecidas en España para obtener su acreditación.

---

<sup>138</sup> La Ley 7/2017 no señala expresamente la exclusión de las entidades creadas *ad hoc*, es decir, entidades creadas exclusivamente para la resolución de un conflicto entre un consumidor y un comerciante que no hayan sido creadas para mantenerse constantes en el tiempo. No obstante, sí hace referencia a la exigencia del establecimiento duradero en España.

Por su parte, la Directiva no señala nada en cuanto a la acreditación de entidades *ad hoc* (cdo. 20). En parecidos términos, *vid.*, PAREDES PÉREZ, J.I. y MENÉNDEZ GONZÁLEZ, A., “La reforma de la normativa española a la luz de la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y Reino Unido* (Azcárraga Monzonís/Uría Acevedo/Palao Moreno, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 147.

<sup>139</sup> Ejemplo de entidades preexistentes a la entrada en vigor de la norma son las Juntas Arbitrales de Consumo, que tan solo deberían adaptar su funcionamiento a lo establecido en la norma. Asimismo, contamos con nuevas entidades creadas tras la entrada en vigor de la norma, por ejemplo, la Asociación de Mediación “*Mediation Quality*”.

Para delimitar correctamente el ámbito de aplicación territorial de la norma, también debemos tener en cuenta las entidades que van a poder conocer de la resolución de conflictos en materia de consumo, así como quién es la autoridad competente para acreditar a las entidades de resolución de conflictos en España.

En lo que respecta a las entidades que son competentes para resolver conflictos transfronterizos, siguiendo lo establecido en la norma, serán las propias entidades las que decidan voluntariamente si solicitan la acreditación. Aquellas entidades que no soliciten la acreditación podrán continuar ejerciendo funciones en conflictos internos. Depende de ellas su ámbito de actuación, puesto que el inicio del procedimiento de acreditación se desencadena exclusivamente a instancia de la entidad (art. 29.1).

Así pues, concluimos que en España pueden coexistir entidades acreditadas y no acreditadas, habida cuenta de que no es obligatorio para ellas solicitar la acreditación ante la autoridad competente<sup>140</sup>. No obstante, las entidades no acreditadas, bien por no haber solicitado la acreditación, bien por no cumplir los requisitos exigibles, no figurarán en el listado que realice la autoridad competente.

En lo que respecta a las autoridades competentes en España para llevar a cabo el procedimiento de acreditación, la Ley 7/2017 ha designado, con carácter general, para todos los grupos económicos, a la Presidencia de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN)<sup>141</sup>, siendo además el punto de contacto único para el traslado de información de las entidades acreditadas a la Comisión Europea (arts. 26 y 27); y ello, sin perjuicio de que las comunidades autónomas también tienen competencia para conceder la acreditación. Si bien, con algunas especialidades respecto a las autoridades competentes para acreditar en este ámbito.

De esta forma, las comunidades autónomas que hayan asumido competencias en materia de consumo, y en su caso, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, podrán designar una autoridad competente para llevar a cabo la acreditación de las entidades, salvo que excedan de su ámbito territorial y se trate de procedimientos que no sean vinculantes para las partes,

---

<sup>140</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 47.

<sup>141</sup> El término admite variaciones, podemos encontrarlo con las siglas AECOSAN, AECSAN o AESAN.

o bien de procedimientos *seudo-administrativos* en materia de consumo, y siempre que estén previstos en su legislación correspondiente [art. 26.2, letras *a*) y *b*)].

Respecto al establecimiento para la determinación de la autoridad competente autonómica de acreditación, entendemos que será aplicable lo señalado respecto a la acreditación por la autoridad nacional española.

Las autoridades competentes autonómicas deberán comunicar a la Agencia Nacional Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, las entidades que acrediten, al constituir aquella el punto de contacto único con la Comisión Europea.

Ha de indicarse que España y Rumanía han sido los Estados miembros que más han tardado en remitir la lista de entidades acreditadas. En el caso de España, su primera lista se remitió en el año 2017, incluyendo entidades de carácter nacional y autonómico, en concreto: la Junta Arbitral Nacional de Consumo y algunas Juntas Arbitrales de Consumo de carácter autonómico, a saber: la Junta Arbitral de Consumo de Castilla y León, la Junta Arbitral de Consumo de Euskadi, la Junta Arbitral de Consumo de Extremadura y, la Junta Arbitral de Consumo del Principado de Asturias<sup>142</sup>.

Este sistema general de acreditación presenta dos excepciones en dos sectores económicos concretos: el sector financiero y el sector del transporte aéreo. Aunque, con carácter general, el sistema de acreditación ideado por la Ley 7/2017 es voluntario, esta voluntariedad desaparece en estos sectores. Y es que, debido al alto nivel de conflictividad es imprescindible contar con mecanismos extrajudiciales en ambos sectores, e incluso, exigir a una de las partes del conflicto el sometimiento a la entidad que se acredite para resolver este tipo de conflictos.

De ahí, que el procedimiento extrajudicial o los efectos de la intervención de estas entidades no se regulen por la norma común, la Ley 7/2017, sino por normas distintas. Si bien, no se prescinde de toda regulación, puesto que esta norma se reserva para los requisitos de acreditación de sus entidades especializadas, así como para la determinación de la

---

<sup>142</sup> En el año 2021 han obtenido la acreditación otras entidades de resolución de conflictos, por ejemplo, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial y el Comité de Mediación de la Asociación Confianza *Online*.



autoridad competente ante la que han de solicitar la acreditación. De tal forma, que la Ley 7/2017 señala como autoridades competentes para acreditar en el sector financiero al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Autoridades estas que acreditarán en función del sector financiero cuya supervisión tienen encomendado.

En cuanto al órgano encargado de llevar a cabo el desarrollo normativo de estos procedimientos de acreditación, es el titular del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que podría dictar una Orden Ministerial, a través de la cual reglamente el control de las entidades acreditadas, así como su inclusión o exclusión de la lista nacional de entidades acreditadas (art. 26.3 *in fine*) Si bien, previamente, deberá de dictarse una norma con rango de ley que preste marco a este desarrollo reglamentario (v. gr., de la DA 1ª LRACMC)<sup>143</sup>.

Por lo que se refiere al transporte aéreo de pasajeros, la autoridad competente para la acreditación, según lo dispuesto en la Ley 7/2017, era el titular del Ministro de Fomento (art. 26.4). Sin embargo, la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19<sup>144</sup>, ha modificado la cartera a la que le corresponde la acreditación, atribuyendo a la persona titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (DA 6º), a quien también se le atribuye la competencia para regular el procedimiento de resolución de conflictos en este ámbito, a través de una Orden Ministerial (DA 2º LRACMC)<sup>145</sup>.

De crearse otras entidades con resultado vinculante, la acreditación le corresponderá a la Agencia Nacional Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición.

---

<sup>143</sup> La Ley 7/2017 prevé que el Gobierno debía remitir a las Cortes, en plazo de 8 meses, desde la entrada en vigor de la norma, un proyecto de ley. Estableciendo un régimen transitorio hasta entonces, siendo los servicios de reclamaciones regulados en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE, núm. 281, de 23 de noviembre de 2002) los que deberán de acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017 en lo relativo a las garantías de independencia —organizativa y funcional— que deben cumplir las entidades encargadas de resolver las reclamaciones de los usuarios financieros (DA 1ª, aps. 2 y 3).

<sup>144</sup> Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE, núm. 250, de 19 de septiembre de 2020).

<sup>145</sup> Existe un proyecto de Orden Ministerial que regula los procedimientos de resolución de conflictos en materia de protección de usuarios del transporte aéreo. Puede consultarse el proyecto de Orden Ministerial en: [http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/2D5A3CF746ED433DB1274703B1410BDB/148613/OM\\_ADR\\_audienciaweb.pdf](http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/2D5A3CF746ED433DB1274703B1410BDB/148613/OM_ADR_audienciaweb.pdf) (consulta: 14 de diciembre de 2018).

Como epílogo final, ha de indicarse que la Ley 7/2017 señala que todas las autoridades competentes para acreditar en España serán comunicadas a la Comisión Europea por la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (art. 26.6 LRACMC); en tanto que la información sobre las entidades acreditadas será trasladada a la Agencia Nacional Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, con el fin de ser incluidas en el listado nacional y listado único de la Comisión Europea.

## 2.2. **Ámbito objetivo**

Desde un punto de vista objetivo, el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017 queda restringido a la resolución de las reclamaciones de los consumidores que deriven de un contrato de compraventa o de una prestación de servicios, en la que intervenga una entidad que voluntariamente haya solicitado su acreditación a las autoridades competentes españolas [art. 3.1 a)]. Ello exige precisar qué se entiende por dichos contratos.

La Ley española, en este aspecto sigue las definiciones ofrecidas por el legislador europeo en la Directiva. De tal forma que define el «*contrato de compraventa*» como aquel contrato por el cual un comerciante transfiere o se compromete a transferir al consumidor la propiedad de uno o más bienes y, a su vez, el consumidor paga o se comprometa a pagar un precio, incluidos los contratos cuyo objeto sea mixto, es decir, contratos constituidos a la vez por la compraventa de un bien y la prestación de un servicio [art. 2. letra d) LRACMC]; en tanto que define la «*prestación de servicios*», como todo contrato distinto del de compraventa en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario y este, a cambio de ello, pague o se comprometa a pagar un precio [art. 2, e) LRACMC].

Definición esta que no aclara en demasía el concepto. Ello nos obliga a interpretar el concepto según lo señalado en el artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que entiende por tal contrato a aquel que tenga por objeto alguna prestación realizada normalmente a cambio de una remuneración, comprendiendo: las actividades de carácter industrial, las actividades de carácter mercantil, las actividades artesanales y, las actividades propias de los profesionales liberales<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 53.

En lo que respecta a las exclusiones del ámbito objetivo, la Ley 7/2017 establece las mismas atendiendo a la naturaleza jurídica de la prestación, dejando al margen las reclamaciones que versen sobre servicios no económicos de interés general [art. 3.2, c)]. De ahí, que queden excluidos los servicios en los que no medie contraprestación económica o que sean de carácter oneroso, así como los servicios prestados por una Administración pública en la que no medie ánimo de lucro.

De tal forma que quedan excluidas, las reclamaciones referidas a los prestadores públicos de enseñanza pública obligatoria, las reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud pública, así como los servicios prestacionales de interés general llevados a cabo por el Estado, en los que no medie una contraprestación económica. Como son: la seguridad ciudadana (*v. gr.*, la actividad policial), y la asistencia jurídica gratuita prestada por un abogado en el turno de oficio, entre otras.

En tanto que sí van a quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de esta norma, las prestaciones de servicios llevadas a cabo por una Administración pública cuando medie una contraprestación económica, tales como: los servicios prestados por una Administración de lotería, los estancos, el suministro de agua, el suministro de luz, los servicios de telecomunicaciones, las residencias para personas mayores públicas o concertadas y, el transporte público, entre otros servicios.

De ahí que consideremos que la intención del legislador es acogerse al criterio transaccional o de contraprestación económica, siendo indiferente que la relación jurídica sea de carácter público o privado.

Asimismo, la norma excluye de su ámbito de aplicación, los servicios de salud que preste un profesional sanitario que tiendan a evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, así como las recetas, los productos sanitarios o los medicamentos que se dispensen [art. 3.2, g)]. En este punto, parece que la intención del legislador es excluir los servicios médicos por considerarlos un servicio no económico, esto es, un servicio de interés general.

Ha de incidirse que el artículo 3.2, letra g) puede generar ciertas dudas de interpretación, toda vez que no hace referencia a si la exclusión viene referida a la prestación de servicios

llevada a cabo por la sanidad pública, por la sanidad privada o por ambas. Siguiendo lo indicado por Bonachera Villegas, entendemos que de esta situación cabe extraer dos posibles interpretaciones:

- De un lado, que quedan excluidas todo tipo de reclamaciones que deriven de una actividad prestacional derivada de un profesional sanitario, esto es, los servicios de fisioterapia, los servicios farmacéuticos, los seguros privados y los servicios médicos privados y públicos etc.; o,
- De otro, que solo van a quedar excluidas las reclamaciones que se dirijan contra la Administración pública por los servicios prestados en el ámbito de la sanidad pública.

Siguiendo esta última interpretación, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, y por tanto del objeto de la reclamación judicial, las reclamaciones que surjan en relación a la asistencia media sanitaria prestada por compañías de seguros privados, o frente al ejercicio profesional privado de fisioterapeutas médicos, etc., así como la compraventa de productos o medicamentos adquiridos en la farmacia en virtud de dicho seguro privado, dado que no irán acompañadas de la respectiva receta médica prescrita por un facultativo que ejerce la función pública<sup>147</sup>.

En cambio, no quedarían excluidas las prestaciones médicas sanitarias realizadas por las mutuas, al ejercer estas entidades privadas funciones públicas encomendadas a la Seguridad Social (art. 68 LGSS).

Considerando las consecuencias que tiene la exclusión de este tipo de prestaciones, así como en nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, hemos de confesarnos partidarios de esta última interpretación, no porque se trate de un servicio público o privado, sino porque parece que la intención del legislador es la de incluir en el ámbito objetivo las materias en las que medie una contraprestación económica a favor de la entidad prestataria que va a actuar con fines lucrativos. En el mismo sentido, se ha mostrado Bonachera Villegas, que aboga por esta interpretación en relación con tres circunstancias:

---

<sup>147</sup> BONACHERA VILLEGAS, “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

- La primera, viene avalada por el hecho de que la Ley 7/2017 excluye los servicios sanitarios, y lo hace por remisión a la Directiva 2011/24/UE<sup>148</sup>. Directiva esta, cuyo objetivo fundamental no es otro que el de promover la cooperación entre los distintos Estados miembros, es decir, la prestación de los servicios de la salud pública de los distintos Estados<sup>149</sup>;
- La segunda, por el hecho de que estos conflictos nunca han estado excluidos del ámbito de aplicación material del arbitraje de consumo, de suerte que solo quedan excluidas del ámbito de aplicación de este método heterocompositivo, las materias indisolublemente unidas con otras no dispositivas, es decir, la acción penal, la acción civil *ex delicto* y los servicios públicos; y,
- La tercera, que tiene como referencia la propia Ley 7/2017, que ha partido de los procedimientos extrajudiciales ya vigentes en España en el momento de su aprobación. De ahí, que el artículo 18, *f*) señale como causas de inadmisión a trámite de una reclamación —entre otras— las mismas que señala el Sistema Arbitral de Consumo<sup>150</sup>, esto es, que el conflicto verse sobre intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales del delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios que deriven de ellos<sup>151</sup>, sin excluir este tipo de reclamaciones<sup>152</sup>.

Por otra parte, las dudas interpretativas que presenta la Ley 7/2017 —extensibles a la Directiva— en lo que respecta a las exclusiones de los servicios sanitarios, no son extensibles a las reclamaciones extrajudiciales de consumo en el ámbito de la educación, pues ambas normas excluyen expresamente, a los «*prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior*» [arts. 2, *h*) LRACMC y 2.1, *i*) DRACMC].

---

<sup>148</sup> Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE, núm. 88, de 4 de abril de 2011).

<sup>149</sup> El artículo 1.1 de la Directiva 2011/24/UE indica que: «*la presente Directiva establece normas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad y promueve la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de asistencia sanitaria. La presente Directiva tiene asimismo por objeto aclarar su relación con el marco existente para la coordinación de los sistemas de seguridad social, Reglamento (CE) no 883/2004, con miras a la aplicación de los derechos de los pacientes*» (art. 1.1 *sic*).

<sup>150</sup> Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE, núm. 48, de 25 de febrero de 2008).

<sup>151</sup> Causas estas, que vienen recogidas en el Sistema Arbitral de Consumo (art. 2.1) y en de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 57).

<sup>152</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, p. 54

La exclusión se refiere a los prestadores de enseñanza pública en educación primaria, secundaria y bachillerato —tanto en centros públicos como concertados—, así como la formación complementaria impartida en centros de educación y centros universitarios, siempre que sean financiados de forma predominante con fondos públicos. Sin embargo, será posible acudir a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, en aquellos conflictos que surjan en centros o universidades privadas. Tanto es así, que la solución a estas dudas viene recogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo varias las sentencias que se han pronunciado en esta materia.

Muestra de cuanto hemos sostenido es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2013, que interpreta el concepto de «comerciante» contemplado en la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en las relaciones con consumidores y usuarios en el mercado interior<sup>153</sup>. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial derivada de un conflicto entre *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts (BKK)*, que es una aseguradora que realiza seguros de enfermedad de Derecho público, constituida en Alemania, y la *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (Wettbewerbszentrale)*, como asociación de lucha contra la competencia desleal.

La asociación consideraba que la publicidad e información ofrecida por *BBK* es engañosa para los afiliados al seguro de enfermedad que ofertaba; de ahí que sea contraria a la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales y a la normativa sobre competencia desleal del Derecho alemán.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia en el sentido de que un organismo de Derecho público que tiene encomendada una misión de interés general, como es la gestión de un régimen legal de seguro de enfermedad, se encontrará comprendido dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2005/29/CE dependiendo de si el organismo actúa con un interés económico o ejerce una función social, es decir, que actúe con o sin ánimo de lucro<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE, núm. 149, de 11 de mayo de 2005).

<sup>154</sup> STJUE (Sala 1ª), de 3 de octubre de 2013, asunto C-59/12, *BKK/Wettbewerbszentrale*.

En tanto que en lo que respecta a los prestadores de enseñanza complementaria o superior, el Tribunal de Justicia ha declarado que los cursos que se impartan en algunos centros dependientes del sistema de educación pública pueden constituir un contrato de prestación de servicios, cuando los cursos formativos se financien con fondos privados, es decir, por los estudiantes, o por sus progenitores, en tanto que van a quedar excluidos los cursos cuya financiación se realice total o mayoritariamente con fondos públicos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también resuelve las dudas interpretativas que suscitan los cursos impartidos en un centro universitario. Concretamente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de mayo de 2010, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la *Commissione tributaria provinciale di Roma* (Italia). En el litigio principal, el demandante sostiene que *ITC*, es un centro universitario que desarrolla su actividad en colaboración con la universidad pública de *Leiden*. Por su parte, el Gobierno italiano sostiene que no está clara la naturaleza pública o privada del centro que imparte el máster.

El Tribunal de Justicia tras analizar las alegaciones de las partes resuelve la cuestión prejudicial, haciendo alusión a la necesidad de determinar si los cursos recibidos por un alumno de máster en un centro universitario constituyen «*prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración*», señalando que lo determinante es que:

*«Los sujetos pasivos tienen la posibilidad de deducir de la cuota íntegra los gastos relativos a cursos de enseñanza universitaria impartidos por los centros universitarios situados en el territorio de dicho Estado miembro, pero excluye con carácter general tal posibilidad respecto a los gastos de enseñanza universitaria en un centro universitario privado radicado en otro Estado miembro»*<sup>155</sup>.

Hemos de decir que cuando el Estado u otro organismo de carácter público actúa como un “empresario o un comerciante parece que la doctrina europea, más que atribuirle un ánimo de lucro, lo que le atribuye es un ánimo cultural, social o educativo; y ello, con independencia de que pueda imputarse ciertos gastos y tasas al alumno que realiza los cursos de formación complementaria, los másteres o los cursos de especialista<sup>156</sup>. No obstante, entendemos que

---

<sup>155</sup> STJUE (Sala 2ª), de 20 de mayo de 2010, asunto C-56/09, *Emilio Zanotti/Angezia delle Entrate*.

<sup>156</sup> En este sentido, *vid.*, la STJCE, de 27 de septiembre de 1988, asunto C-263/86, *Humbel/Endel* (aps. 17,18 y 19) y STJCE (Sala 5ª), de 7 de diciembre de 1993, asunto C-109/92, *Stephan Max/Landeshauptstadt Hannover* (ap. 15). En esta sentencia el Tribunal de Justicia declara que: «(...) el Estado no se propone realizar actividades remuneradas, sino que cumple su misión para con la población en los ámbitos social, cultural y educativo. Por otra parte, el sistema de que se trata se financia, por lo general, a través de los presupuestos públicos y no por los alumnos o sus padres. El Tribunal de Justicia añadió que la naturaleza de esta actividad

cabe la posibilidad de que un organismo de carácter público actúe con fines si no lucrativos, al menos recaudatorios (v. gr., el cobro de las tasas de las matrículas).

En parecidos términos se ha planteado, si un organismo educativo sin ánimo de lucro que ofrece a sus estudiantes créditos que le permiten pagar los gastos de inscripción y el viaje de estudios a plazos, sin intereses, puede estar comprendido dentro del concepto de «*profesional*», a tenor de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial en el sentido de que una entidad autónoma que proporciona formación subvencionada puede tener la consideración de «*profesional*» a efectos de su inclusión en el ámbito subjetivo de la Directiva sobre cláusulas abusivas, cuando el contrato de préstamo se realice con fines relacionados con su actividad empresarial, oficio u profesión<sup>157</sup>.

Así pues, de esta sentencia, parece desprenderse que el rasgo definitorio que determina la inclusión del concepto de «*prestación de servicios*» para ser incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, no viene determinado por el carácter público o privado del organismo, sino que viene determinado por la existencia de que concurra una contraprestación económica o ánimo lucrativo del comerciante, con independencia de que se trate de personas físicas o jurídicas; y ello, por congruencia entre los preceptos de la Ley de resolución alternativa, teniendo en cuenta que la Directiva 2013/11/UE, el Reglamento 524/2013 [art. 4.1, b)] y la Ley 7/2017 definen el término «*comerciante*» y «*empresario*», como toda persona física o jurídica, ya sea en el ámbito público o privado, que actúe por sí mismo o a través de un tercero a su cargo con fines relaciones con su actividad comercial o empresarial, oficio o profesión<sup>158</sup>.

Además de los conflictos en materia de consumo que tengan su origen en una compraventa o una prestación de servicios, van a quedar incluidos dentro del ámbito de aplicación de la ley, los conflictos derivados de prácticas comerciales desleales y publicidad engañosa, llevadas a cabo por empresarios adheridos voluntariamente a los códigos de conducta. Si bien, hemos de concretar que la Directiva 2013/11/UE, no hace alusión a los

---

*no resulta afectada por el hecho de que, en ocasiones, los alumnos o sus padres estén obligados a pagar tasas o cuotas de escolaridad para contribuir en cierto modo a los gastos de funcionamiento del sistema».*

<sup>157</sup> STJUE (Sala 5ª), de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16, KdG/Susan Romy.

<sup>158</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 55.



mecanismos de resolución alternativa de conflictos en materia publicitaria. como son, por ejemplo, los códigos de conducta sobre prácticas comerciales desleales o de publicidad, recogidos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art. 37)<sup>159</sup>.

Sin ánimo de ser exhaustivo, pues será objeto de estudio más tarde, los códigos de conducta son las normas elaboradas por las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales y de profesionales y las asociaciones de consumidores y usuarios, que regulan las conductas a seguir por un determinado sector empresarial. La adhesión a los códigos de conducta no implica solo un compromiso libre y voluntario de las normas deontológicas que asumen los empresarios, sino también un régimen de autocontrol y responsabilidad en su actuación, quedando sometidos con su adhesión a los órganos de control del código, esto es, al Jurado de la Publicidad.

Precisamente, la Ley 7/2017 justifica la inclusión de los códigos de conducta en su ámbito de aplicación material, puesto que en el caso de no estar previstos en ella quedarían desprovistos de regulación. Siendo así, las autoridades competentes notificarán a la Comisión Europea, las entidades encargadas de llevar a cabo la resolución de conflictos para los supuestos en los que los empresarios adheridos libremente al código de conducta incumplan alguna de las reglas previstas en las normas deontológicas.

Por otra parte, la Ley 7/2017 regula un elenco de métodos de resolución de conflictos en sentido negativo las materias que van a quedar expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, aunque versen sobre materias de consumo. Y son:

- La negociación directa entre el consumidor y empresario [art. 3.2, letra a)];
- Los sistemas de resolución de conflictos iniciados o gestionados por los empresarios u oficinas de servicios de información o atención al cliente [art. 3.2, letra c)]; y,
- Los intentos o actuaciones realizadas en el seno de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto de este [art. 3.2, letra e)].

---

<sup>159</sup> BOE, núm. 10, de 11 de enero de 1991.

Sin perjuicio de que posteriormente analizaremos cada uno de estos métodos de resolución de conflictos, trataremos de explicar brevemente en que consiste cada uno de ellos, pues nos permitirá dilucidar la razón de su exclusión. En lo que respecta a la negociación entre consumidor y empresario, parece claro que aun siendo la negociación un mecanismo de resolución de conflictos entre las partes no es un mecanismo ADR<sup>160</sup>. La ausencia de un tercero en la negociación directa hace imposible su inclusión dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, toda vez que la norma se centra en las entidades que llevan a cabo la solución del conflicto soliciten la acreditación.

En lo que respecta a los sistemas de reclamaciones gestionados por el empresario o sus oficinas de atención al cliente, parece claro que el legislador español ha preferido no optar por su inclusión en la Ley 7/2017; y ello, porque las personas encargadas de llevar a cabo el procedimiento de resolución alternativa deberán actuar conforme a los requisitos de independencia e imparcialidad consagrados en el artículo 23.

Ello se traduce en la necesidad de que las personas encargadas de llevar a cabo la resolución del conflicto, cumplan varios requisitos: que no sean nombradas para un mandato no inferior a dos años; que no reciban instrucciones de ninguna de las partes, ni de sus representantes, ni mantengan ni hayan mantenido en los tres años precedentes relación personal, profesional o comercial; y, que la retribución que reciben por llevar a cabo la resolución del conflicto, no guarde relación con el resultado del procedimiento. Requisitos estos difícilmente constatables en las oficinas de atención al cliente.

Además, cuando la solución del conflicto corresponda a un órgano colegiado, deberá estar compuesto por una representación paritaria de asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo previsto en la normativa estatal o autonómica de protección a los consumidores, y de las asociaciones empresariales, así como por una persona independiente.

Como garantías adicionales a los principios de independencia e imparcialidad, la norma señala que, cuando las personas encargadas de la resolución de un conflicto sean empleadas

---

<sup>160</sup> Vid., BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009, p. 15; MACHADO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, núm. 2, vol. 5, 2013, pp. 405 y 406; y, BONACHERA VILLEGAS R., *ibidem*, p. 57.

o retribuidas exclusivamente por una organización profesional o una asociación empresarial de la que sea miembro el empresario reclamado, se deberá acreditar, además de los requisitos a los que hemos hecho referencia, la existencia de un presupuesto independiente, específico y suficiente para el cumplimiento de sus funciones. Circunstancia que no será exigible, cuando se trate de un órgano colegiado compuesto por igual número de representantes de la organización profesional o de la asociación empresarial que los emplee o los retribuya y de la organización de consumidores que haya sido designada por la entidad (art. 25 LRACMC).

Podemos concluir que la norma ha excluido de su ámbito material de aplicación, los métodos de resolución alternativa de conflictos que sean gestionados por el empresario, así como los conflictos gestionados por las oficinas de atención al cliente que dependan directamente del empresario en cuestión, salvo que se trate del supuesto que hemos indicado en las líneas que preceden.

Sin embargo, la Directiva 2013/11/UE, sí brinda la posibilidad a los Estados miembros de que incluyan en sus respectivas normas de transposición, procedimientos de resolución alternativa de conflictos por personas físicas que estén empleadas o retribuidas exclusivamente por el empresario en cuestión, siempre que se cumplan los requisitos específicos relativos a la independencia y transparencia del artículo 6.3 en relación con el artículo 2.2, letra a)<sup>161</sup>.

Nuestro legislador ha preferido no incluir en el ámbito de aplicación material a las entidades cuya retribución dependa exclusivamente del empresario, pues ha suprimido las

---

<sup>161</sup> Ha de indicarse que estos requisitos específicos pretenden que el tercero encargado de llevar a cabo la resolución del conflicto no vea comprometida su independencia e imparcialidad respecto al empresario del que depende. Así pues, «en caso de que los Estados miembros decidan admitir los procedimientos a que se refiere el artículo 2, apartado 2, letra a), como procedimientos de resolución alternativa con arreglo a la presente Directiva, velarán por que, además de los requisitos generales establecidos en los apartados 1 y 5, dichos procedimientos cumplan los siguientes requisitos específicos: a) que las personas físicas encargadas de la resolución de litigios sean nombradas por un órgano colegiado compuesto por igual número de representantes de las organizaciones de consumidores y de representantes del comerciante, o formen parte de dicho órgano, y su designación se haga por un procedimiento transparente; b) que las personas físicas encargadas de la resolución de litigios dispongan de un mandato mínimo de tres años para garantizar la independencia de sus actos; c) que las personas físicas encargadas de la resolución de litigios se comprometan a no trabajar para el comerciante ni para una organización profesional o una asociación empresarial de la que sea miembro el comerciante por un período de tres años posterior al término de su actuación en el procedimiento de resolución del litigio; d) que la entidad de resolución de litigios no tenga ningún vínculo jerárquico ni funcional con el comerciante y esté claramente separada de las entidades operativas del comerciante, y disponga, para el cumplimiento de sus funciones, de un presupuesto suficiente que sea independiente del presupuesto general del comerciante» (art. 6.3 DRACMC). La Directiva señala para el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad, que las personas que lo lleven a cabo dispongan de un presupuesto independiente y específico que sea suficiente para el cumplimiento de sus funciones (art. 6.4).

garantías adicionales previstas en la Directiva 2013/11/UE, que sí recogía el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos en materia de Consumo<sup>162</sup>.

Aunque la Ley 7/2017 no permite la acreditación de las oficinas de atención al cliente, sí que les concede cierta importancia a la labor que realizan, como requisito previo a la reclamación ante la entidad competente. Y es que, precisamente, la Ley 7/2017 permite que las entidades prevean en sus estatutos o reglamentos, como causa de inadmisión a trámite de una reclamación, que el consumidor no haya reclamado previamente al empresario o a su servicio de atención al cliente para tratar de resolver el conflicto [art. 18.1, a)]<sup>163</sup>.

Asimismo, hemos de decir que la Disposición final quinta de la Ley 7/2017 obliga a los empresarios a facilitar el acceso e información de estas entidades de atención al cliente al consumidor; y ello, porque se han modificado los apartados 3º y 4º del artículo 21 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>164</sup>.

En este punto, cabe plantearse si el legislador ha abierto la posibilidad de establecer mediadores de empresa en la resolución extrajudicial de conflictos con los consumidores,

---

<sup>162</sup> El artículo 26 del Anteproyecto preveía que: «En el supuesto de tratarse de personas decisoras que sean empleadas o retribuidas exclusivamente por el empresario, su designación se efectuará de forma transparente, debiendo acreditarse, además de las condiciones y requisitos establecidos con carácter general: a) Que la persona encargada de la decisión del conflicto sea nombrada por un órgano colegiado de composición paritaria de representantes de los intereses de los consumidores y empresariales; b) Que las personas dispongan de un mandato mínimo de tres años de duración y se comprometan a no trabajar para el empresario o la organización profesional o asociación empresarial de la que sea miembro aquel, en un período de tres años posterior al término de su mandato; y, c) Los requisitos establecidos en los párrafos a) y b) serán aplicables igualmente cuando la persona haya formado parte con anterioridad del Consejo de Administración de la empresa. Asimismo, la persona que actué como decisora del conflicto se comprometerá a no formar parte del Consejo de Administración de la empresa en los tres años posteriores a su intervención en un procedimiento de resolución».

<sup>163</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>164</sup> Así pues, dichos apartados quedan redactados del siguiente modo: «3. En todo caso, y con pleno respeto a lo dispuesto en los apartados precedentes, los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono, fax, cuando proceda, y dirección de correo electrónico en los que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados. Los empresarios comunicarán además su dirección legal si esta no coincidiera con la dirección habitual para la correspondencia.

Los empresarios deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación.

4. En el supuesto de que el empresario no hubiera resuelto satisfactoriamente una reclamación interpuesta directamente ante el mismo por un consumidor, este podrá acudir a una entidad de resolución alternativa notificada a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Los empresarios facilitarán el acceso a este tipo de entidades, proporcionando a los consumidores la información a la que vienen obligados por el artículo 41 de dicha ley».

como sucede con la labor que puede desarrollar la Cámara de Comercio de España<sup>165</sup>. Entendemos que sí cabe dicha posibilidad, siempre que se cumplan los requisitos de independencia e imparcialidad a los que hemos hecho referencia. En el buen entendido sentido, de permitir la resolución de conflictos entre un consumidor y un empresario, dado que si se trata de un mediador entre dos empresas no es una relación jurídica de consumo sujeta a la Ley 7/2017, sino un conflicto entre dos empresarios al que le resulta de aplicación la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

En lo que respecta a la exclusión de los intentos de solución del conflicto o actuaciones encaminadas a tal finalidad en el seno de un proceso judicial, hemos de interpretar, qué pretende el legislador nacional con tal exclusión. Parece meridianamente claro que la exclusión va referida a todos los actos de disposición llevados a cabo por las partes en el transcurso del proceso judicial, ya sea el allanamiento del demandado, la renuncia del demandante, la transacción judicial, la mediación intrajudicial o la conciliación judicial, cuya aprobación u homologación se recoja en una resolución judicial o auto que tenga como resultado la terminación anormal del proceso<sup>166</sup>. En este sentido, nos referimos a los acuerdos alcanzados en el seno de un proceso en la audiencia previa, del juicio ordinario<sup>167</sup> o, en su caso, en la vista del juicio verbal<sup>168</sup>, o a los acuerdos extrajudiciales hechos valer ante el órgano judicial.

Estos supuestos van a quedar fuera del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, por haber sido adoptados en el seno de un proceso judicial, con la intervención de un órgano judicial, que aprueba u homologa el acuerdo de las partes en el proceso.

En tanto que no sucede así, cuando las partes, de común acuerdo, deciden suspender el proceso judicial para someter el litigio a mediación, tal y como está previsto en el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 415.1, párrafo 3º y 443.1, párrafo 3º. Supuestos estos que van a quedar incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, pues así lo permite el artículo 4.1 cuando establece que:

*«La presentación de una reclamación ante una entidad de resolución de conflictos*

---

<sup>165</sup> Puede consultarse esta mediación en <https://www.camara.es/arbitraje-y-mediacion/mediacion-empresarial-otra-forma-de-resolver-los-conflictos%20itinerario39> (consulta: 14 de abril de 2020).

<sup>166</sup> En parecidos términos, BONACHERA VILLEGAS R., *ibidem*, p. 60.

<sup>167</sup> Art. 415.1, párrafs. 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>168</sup> Arts. 44.3.1, párrafs. 1º y 2º y 517.1, ap. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*acreditada tendrá efectos suspensivos o interrumpirá el plazo de prescripción y caducidad de las acciones conforme a lo que establezca la normativa que resulte de aplicación».*

Asimismo, cuando de forma voluntaria se inicie por las partes un procedimiento extrajudicial con resultado no vinculante ante una entidad acreditada, encontrándose en trámite un proceso civil, aquellas podrán solicitar la suspensión de común acuerdo conforme a la legislación procesal (art. 4.2 LRACMC).

De ahí que, en concordancia con el citado precepto, el legislador español haya suprimido de la de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, la letra *d*) del artículo 2.2 (DF 7<sup>a</sup>). Ley, que resultará de aplicación supletoria en todo lo no previsto por la Ley 7/2017, y que permite la suspensión del proceso en tanto se tramita la solución extrajudicial del conflicto.

### **2.3. Ámbito subjetivo**

Desde un punto de vista subjetivo, el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017 queda restringido a que una de las partes sea un consumidor, mientras que la otra debe ser un empresario o profesional, quedando excluidos del ámbito de aplicación los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en los que las dos partes sean empresarios o profesionales [(art. 3.2, *d*)], así como los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en los que las dos partes sean consumidores. La solución extrajudicial de estos conflictos vendrá encuadrada en el ámbito de aplicación material de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, por la que se llevó a cabo la transposición de la Directiva 2008/52/CE a nuestro ordenamiento jurídico, o por la regulación de otros mecanismos de resolución de conflictos a los que las partes decidan someterse.

#### **2.3.1. Concepto de consumidor**

La Ley 7/2017 define el concepto de «*consumidor*» como toda persona física que actúa con fines ajenos a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial, salvo que la norma que resulte de aplicación a un sector económico concreto determine otra cosa, limitando este concepto a la presentación de las reclamaciones por parte

de las personas físicas. Siendo estas premisas trasladables al ámbito subjetivo de las reclamaciones que pueden resolver las entidades acreditadas.

De ahí la afirmación de que la Ley 7/2017 haya optado por un concepto más amplio de consumidor que el establecido en la Directiva 2013/11/UE, dado que la norma europea considera «consumidor», exclusivamente, a las personas físicas que actúen fuera del ámbito de una actividad empresarial, comercial, oficio, o profesión [art. 4.1, a) DRACMC], excluyendo, por tanto, a las personas jurídicas. Esta amplitud del término de consumidor en la Ley 7/2017, está en consonancia con la delimitación conceptual del término establecido por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>169</sup>.

### 2.3.2. Concepto de empresario

El concepto de «empresario» se define por la Ley 7/2017 como toda persona física o jurídica de ámbito público o privado, que actúe en su propio nombre o a través de un tercero con fines relacionados con su actividad empresarial, comercial, oficio o profesión [art. 2. a) LRACMC]. Coincide pues, con la delimitación conceptual realizada por la Directiva 2013/11/UE (*ex art. 4, letra h*)], y por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>170</sup>.

Dicho lo cual, la Ley 7/2017 excluye de su ámbito de aplicación subjetivo, los conflictos que surjan entre dos o más empresarios y entre dos o más particulares [art. 3.2, letra d)], así como los conflictos cuya reclamación pueda iniciar un empresario contra un consumidor [art. 3.1, b)]<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Para un mayor abundamiento sobre este concepto, *vid.*, en este Capítulo primero, el apartado relativo a la “Construcción jurisprudencial del concepto de consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

<sup>170</sup> Para un mayor abundamiento sobre este concepto, nos remitimos al apartado IV de este Capítulo primero, relativo a las “Especialidades de las relaciones de consumo”, donde analizamos con más detenimiento el concepto de empresario en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que viene a coincidir con el indicado en la Ley 7/2017.

<sup>171</sup> Como ya se señaló en líneas precedentes, la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013/UE son dos instrumentos interrelacionados y complementarios entre sí, pero difieren en cuanto a su ámbito de aplicación, dado que la Directiva resulta de aplicación a todos los procedimientos de resolución de conflictos entre consumidores y comerciantes que deriven de una compraventa o una prestación de servicios, sean celebrados o no a través de un medio electrónico. El Reglamento, por su parte, tiene un ámbito de aplicación mucho más restringido; de ahí que se aplique exclusivamente a los procedimientos de resolución de conflictos derivados de una compraventa o prestación de servicios realizada en línea a través de la plataforma al efecto.

En lo que respecta a los conflictos que surjan entre empresarios o entre particulares, ha de señalarse que la solución extrajudicial de estos conflictos se hará conforme a la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles; y, cómo no, en España, por su norma de transposición, la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

En efecto, parece evidente que, tanto el legislador español y europeo, a la hora de regular la solución extrajudicial, ha tenido presente si las partes del conflicto se encuentran o no en una situación de igualdad intrínseca; de ahí que, con la intención de proteger al consumidor, distinga algunos aspectos del procedimiento extrajudicial, dado que los métodos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, normalmente, serán *unidireccionales*<sup>172</sup>, sin perjuicio de que la Directiva indica que serán los Estados miembros los encargados de informar a la Comisión Europea de si su legislación permite o no que los conflictos iniciados por un comerciante frente a un consumidor sean resueltos mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa acreditada.

Ello determina que la posibilidad de que se inicie la reclamación por parte del empresario contra el consumidor es muy excepcional, o nula en la práctica<sup>173</sup>. En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, esta posibilidad está prevista en algunos procedimientos extrajudiciales a los que haremos referencia posteriormente, pero lógicamente no quedarán amparados por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre<sup>174</sup>.

### **3. DERECHO APLICABLE A LAS RELACIONES DE CONSUMO**

Teniendo presente que tanto la Ley 7/2017 resulta de aplicación tanto a las fórmulas autocompositivas como heterocompositivas de resolución de conflictos, debemos destacar que esta establece unas garantías adicionales que resultan de obligado cumplimiento para los

---

<sup>172</sup> La Directiva y la Ley 7/2017 también se diferencian del Reglamento 524/2013/UE en la iniciación de la reclamación, dado que este último sí incluye en el ámbito subjetivo los procedimientos mecanismos de resolución alternativa en materia de consumo que sean iniciados a instancia del comerciante.

<sup>173</sup> En el mismo sentido, MADRID PARRA, A., “Directiva 2013/11 (ADR) y Reglamento 524/2013 (ODR): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>174</sup> En este sentido, Barral Viñals señala, en parecidos términos, que esta posibilidad es muy excepcional en nuestro ordenamiento jurídico [*Vid.*, BARRAL VIÑALS, I., “La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos con consumidores; ¿más retos o más oportunidades?”, *op. cit.*, p. 12; y, BARRALS VIÑALS, I., “La resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la Ley 7/2017: la mediación de consumo y los otros ADRs”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro* (Barral Viñals dir. y Viola Demestre/Pérez Daudí, coords.), Atelier, 2019, pp. 17-50].



procedimientos de resolución alternativa que finalicen con resultado vinculante para el consumidor (art. 16). Y lo hace, diferenciando según se trate de un conflicto de carácter nacional o de carácter transfronterizo, estableciendo determinadas cautelas en orden al Derecho aplicable al fondo del asunto.

De tal forma que si el conflicto es de carácter nacional, la solución impuesta por la entidad de resolución alternativa no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas normas imperativas o que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la legislación española; en tanto y en cuanto si el litigio tuviera carácter transfronterizo y existiera conflicto de leyes, la resolución impuesta por la entidad de resolución alternativa no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas normas imperativas que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la legislación aplicable al contrato de consumo determinado<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Por ejemplo, el consumidor no podrá ser privado mediante acuerdo de la protección que le confiere la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en lo que respecta a la apreciación de las cláusulas abusivas (art. 82 y ss. LGDCU).

## VII. REQUISITOS Y PRINCIPIOS EXIGIBLES A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO

Como cuestión previa, ha de comenzarse este apartado indicando que la investigación de los principios que rigen la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo es una labor compleja. Complejidad, que deriva de la defectuosa regulación.

A nuestro entender, los principios aplicables globalmente a la resolución alternativa de conflictos de consumo, debería haberse sistematizado en tres grandes bloques:

- Un primer bloque, relativo a los principios y requisitos exigibles al órgano extrajudicial;
- Un segundo, para los requisitos exigibles a las partes y al tercero interviniente; y,
- Un tercero, relativo a los requisitos del procedimiento extrajudicial.

Y es que, la Ley 7/2017 aglutina en dos secciones todos estos principios y garantías sin orden alguno. En concreto, en las Secciones 2ª y 3ª del Capítulo 1º, Título I de la norma. Así, por ejemplo, la Sección 2ª se dedica a los «*Requisitos relativos a los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa*», aunque también regula la defensa de las partes y la gratuidad (entre otros aspectos).

De tal forma que dentro de esta Sección se incluyen los principios de imparcialidad e independencia, junto al principio de transparencia, eficacia y equidad (art. 8), cuando algunos de estos principios no son aplicables al procedimiento propiamente dicho, sino a la persona encargada de la resolución del conflicto.

Lo que debe quedar de manifiesto, es que todos estos principios tienen un único objetivo: garantizar un estándar de calidad que permita ofrecer a los consumidores unas vías alternativas o complementarias al proceso judicial, con similares garantías que la jurisdicción ofrece al justiciable.

Para analizar los principios que resulten de aplicación a la resolución alternativa de conflictos, no solo hemos tenido en cuenta lo dispuesto en la Ley 7/2017 y en Directiva 2013/11/UE, pues también hemos incluido aquellos principios que aglutina la Directiva

sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, dado que se aplicará a la resolución de conflictos de consumo<sup>176</sup>; al tiempo que tenemos en cuenta las distintas recomendaciones europeas, habida cuenta de que aun no siendo vinculantes, han marcado las pautas exigibles a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos.

## **1. PRINCIPIOS Y REQUISITOS EXIGIBLES AL ÓRGANO EXTRAJUDICIAL**

Como hemos señalado, los sujetos encargados de llevar a cabo la resolución del conflicto intervengan en procedimientos que finalicen o no con resultado vinculante, están sometidos al cumplimiento de unos requisitos tales como el principio de independencia e imparcialidad, así como a otros principios no exigidos expresamente por la Ley 7/2017; al tiempo que deberán reunir una serie de condicionantes o requisitos de cualificación.

### **1.1. Principios de independencia, imparcialidad y desinterés objetivo**

Las personas encargadas de la resolución de conflictos deberán actuar conforme a los principios de independencia e imparcialidad, neutralidad y desinterés objetivo en el ejercicio de sus funciones<sup>177</sup>. Estos principios se constituyen como garantías del consumidor, porque estos principios deben predicarse del mediador, del árbitro o de cualquier tercero que interviniente, se trate de un órgano unipersonal o colegiado, del mismo modo que se predica del juez o tribunal encargado de resolver un litigio en sede judicial<sup>178</sup>.

Del análisis pormenorizado de la regulación de los métodos extrajudiciales en España, debemos hacer referencia a que las normativas sectoriales que regulan estos métodos omiten la regulación de muchos de los principios que entendemos necesarios para llevar a cabo los

---

<sup>176</sup> Por expreso deseo del legislador europeo, que señala la necesaria coordinación entre ambas Directivas (*ex cdo.* 19 DRACMC).

<sup>177</sup> Aunque el legislador no hace referencia de forma expresa a los principios de neutralidad y de desinterés objetivo en la Ley 7/2017, entendemos necesaria su inclusión. Y ello, por tres motivos: en primer término, porque entendemos que puede deducirse tácitamente de aquella norma; en segundo término, porque son conceptos muy similares, pero conceptualmente distintos; y, en tercer término, porque entendemos necesaria la aplicación de estos principios en las personas físicas encargadas de llevar a cabo los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, en el buen entendido sentido, que estas han de constituir una alternativa de calidad al proceso judicial.

<sup>178</sup> Aunque el legislador no hace referencia de forma expresa a los principios de neutralidad y desinterés objetivo, entendemos necesaria su inclusión por tres motivos: (i) porque puede deducirse tácitamente de la Ley /2017; (ii), porque son conceptos muy similares pero conceptualmente distintos; y, (iii) porque es necesaria la aplicación de estos principios en las personas físicas encargadas de llevar a cabo los procedimientos extrajudiciales, en el buen sentido de que estos deben de constituir una alternativa de calidad al proceso judicial.

procedimientos extrajudiciales, o bien prescinden de realizar una pormenorización de aquellos. Ello acontece, por ejemplo, con la normativa del Sistema Arbitral de Consumo. Lagunas que cabe entender integradas por la aplicación supletoria de la Ley 7/2017.

De tal forma que la Ley 7/2017 indica que las personas encargadas de la solución de conflictos deben actuar con la debida independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Por lo que se refiere al principio de imparcialidad, el artículo 24 de la Ley 7/2017 indica que medios se han de llevar a cabo para garantizarla. De tal modo que debe entenderse que los principios y requisitos exigibles a las personas llamadas a resolver el conflicto han de comprometerse con lo establecido en la norma específica que resulte de aplicación, sin perjuicio de que la Ley 7/2017 constituye el marco normativo general en el que ha de desenvolverse la regulación de los principios aplicables a las entidades acreditadas.

Teniendo en cuenta esta premisa general, lo más criticable de la Ley 7/2017 es la aglutinación de ambos principios en un único precepto (*ex art. 23*), como si de un mismo principio se tratase. Aunque son principios relacionados entre sí, habida cuenta de que el principio de independencia engloba al de imparcialidad, son principios conceptualmente diferentes. En este sentido, como señala Ariza Colmenarejo: «*es censurable que el texto haya unificado en un mismo título de artículo las voces independencia e imparcialidad*»<sup>179</sup>.

*De facto*, el principio de independencia se refiere a la situación en la que se encuentra un sujeto que no está sometido a instrucciones para la adopción o ejecución de decisiones<sup>180</sup>. Tanto es así, que Ortells Ramos, al analizar la aplicación de este principio en la función que realizan los jueces y magistrados, ha señalado que la independencia lleva consigo una parte de sujeción, dado que estos estarán «*sometidos únicamente al imperio de la ley*»<sup>181</sup>. Reflexiones, que entendemos trasladables a las personas físicas encargadas de llevar a cabo los procedimientos extrajudiciales.

---

<sup>179</sup>ARIZA COLMENAREJO, M.J. “Requisitos del procedimiento de resolución alternativa para obtener la acreditación de entidades”, en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Figares Morales, dirs.) Aranzadi, Navarra, 2018, p. 155.

<sup>180</sup> Definición recogida del Diccionario Español Jurídico de la Real Academia de Lengua Española y del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>181</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Bonet Navarro y Martín Pastor), “La independencia judicial”, en *Introducción al Derecho Procesal* (Ortells Ramos dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2018, p. 57.

Por analogía con la independencia judicial, podemos decir que la independencia no es solo exigible a estos sujetos con respecto las partes intervinientes, sino también frente a las influencias de sus superiores jerárquicos, a los poderes del Estado, a los partidos políticos y sindicatos, así como frente a la sociedad, estando dichos sujetos sometidos exclusivamente a las disposiciones que establezca la ley<sup>182</sup>.

En tanto que la imparcialidad se refiere a la posición que ocupa el tercero en la resolución del conflicto con respecto a las partes —consumidor y empresario—, y se traduce en la ausencia de intereses propios y ajenos en el resultado del procedimiento<sup>183</sup>. O, dicho de otra manera, la imparcialidad se refiere a la ausencia de intereses que pudiera existir en la persona encargada de llevar a cabo la solución derivada de una relación con las partes.

De ahí, que el principio de imparcialidad exija la garantía de que no concurra en las personas encargadas de llevar a cabo el procedimiento extrajudicial ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en relación con las partes del procedimiento. Así, la imparcialidad hace referencia a la posible relación que tenga la persona encargada de llevar a cabo la solución con las partes, ya sea por ser familiar de las partes, por ser económicamente dependiente, por tener relación laboral o por la existencia de amistad o enemistad manifiesta con alguna de ellas.

Este principio también se encuentra estrechamente unido al desinterés objetivo que ha de mover la actuación del tercero. Este principio se define como la ausencia de interés en el resultado del procedimiento con respecto del conflicto; de suerte que se distingue de la imparcialidad en que aquella hace referencia a la ausencia de intereses propios como ajenos, pero en relación con las partes, mientras que el desinterés objetivo va en relación con el objeto del conflicto.

Para garantizar estos principios, la Ley 7/2017 señala unas garantías concretas. En cuanto al principio de independencia e imparcialidad, las personas físicas encargadas de llevar a cabo el procedimiento extrajudicial deberán ser nombradas por un tiempo no inferior a dos años, no pudiendo ser movidas de sus funciones sin causa justificada. Tampoco las personas

---

<sup>182</sup> ORTELLS RAMOS, M., *ibidem*, pp. 55-72.

<sup>183</sup> DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La mediación de consumo”, en *Práctica de Tribunales*, núm.128, 2017, p. 10.

llamadas a intervenir en el procedimiento podrán recibir instrucciones de las partes, ni de sus superiores o representantes, excluyéndose la posibilidad de cualquier tipo de relación personal, comercial o profesional durante los tres años anteriores al ejercicio de sus funciones. La parte afectada podrá solicitar la justificación de la relación que mantiene el sujeto encargado de la resolución del conflicto con la otra parte, siempre que exista dicho vínculo, siendo esta una manifestación del principio de imparcialidad.

En cuanto a la retribución que perciba la persona encargada de llevar a la solución del conflicto, no podrá estar relacionada con el resultado del procedimiento; y ello, con la intención de evitar que exista interés por parte del árbitro, mediador, o persona llamada a intervenir en la solución del conflicto, siendo esta una manifestación del desinterés objetivo.

La situación que exponemos puede obviarse cuando la resolución del conflicto corresponda a un órgano colegiado, pues la independencia se garantizará a través de la composición del órgano, debiendo este constituirse con una representación paritaria de asociaciones de consumidores y usuarios, constituidos de acuerdo con lo previsto en la normativa estatal o autonómica de protección de los consumidores, de las asociaciones empresariales y, por una persona independiente. Garantizándose al mismo tiempo con dicha composición tripartita, el principio de imparcialidad.

Del articulado de la Ley 7/2017, echamos en falta la regulación de las causas de abstención y recusación, a modo de las ya existentes en el seno del proceso judicial para jueces y magistrados. A mayor abundamiento, la norma tampoco regula el procedimiento por el cual se resuelva la recusación hecha valer por alguna de las partes del conflicto, pues la Ley 7/2017 se limita a regular las actuaciones que debe tener la persona encargada de llevar a cabo el procedimiento en el caso de existir un conflicto de intereses con las partes (art. 24).

Así pues, resulta cuestionable que las medidas establecidas en la Ley 7/2017, vayan destinadas a asegurar de forma directa los principios de independencia e imparcialidad<sup>184</sup>. Aunque las partes podrán oponerse a la continuación del procedimiento si consideran que

---

<sup>184</sup> FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M.J., “Principios, asistencia jurídica y costes en el procedimiento de resolución alternativa de consumo”, en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.) Aranzadi, Navarra, 2018, p. 156.

no se garantizan estos principios presentando una reclamación ante la entidad de resolución alternativa; de ahí, que las partes puedan retirarse del procedimiento si no están satisfechas con su tramitación o funcionamiento (art. 24, aps. 4º y 5º). En este sentido, también ha de señalarse que el Real Decreto Ley 231/2008, de 15 de febrero, que trata la mediación con carácter previo al arbitraje de consumo, tampoco regula las causas de abstención o recusación de los mediadores o árbitros<sup>185</sup>.

En atención a estas matizaciones, resulta llamativo que la Ley 7/2017 deje exclusivamente a merced del órgano unipersonal —o de los sujetos que componen el órgano colegiado— la posibilidad de abstenerse, debiendo la entidad proceder en este caso al nombramiento de un sustituto (art. 24.1), pero, nuevamente, sin hacer alusión a las causas que motivan tal abstención. Quizás, este olvido del legislador sea más aparente que real, porque posiblemente estaba en el ánimo de aquel, dejar la regulación de estas cuestiones a la normativa concreta que regula los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Pero, si esta era la intención del legislador, tenemos que decir que queda diluida en el mismo momento que la normativa en cuestión no regula expresamente tales matices de abstención o recusación, tal como sucede, por ejemplo, con el Sistema Arbitral de Consumo. Y es que, el Real Decreto Ley 231/2008, aunque regula el procedimiento para la abstención y la recusación de los árbitros, no hace alusión a las causas que la motivan (*ex art. 22 RDSAC*), como tampoco parece que ninguna norma sectorial lo haga, salvo error u omisión por nuestra parte. Siendo así, entendemos que podrían aplicarse las causas previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para jueces y magistrados. Ello quiere decir que el tercero encargado de llevar a cabo el procedimiento extrajudicial podrá abstenerse o, en su caso, ser recusado por las partes en los siguientes supuestos: cuando exista vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes; o bien, cuando este vínculo sea dentro del segundo grado para los supuestos en los que las partes decidan acudir con representación de cualquiera de las partes que intervenga en el procedimiento.

---

<sup>185</sup> Hasta ahora, exclusivamente contamos con un Código de Conducta Europeo para Mediadores. Si bien, no es vinculante para estos. Este código establece como causas de abstención: que el mediador tenga alguna relación personal o profesional con alguna de las partes; que exista relación de parentesco o amistad o enemistad manifiesta con las partes; y, que tenga intereses financieros o de otro tipo en el resultado que se obtenga de la mediación [*Vid.*, DEL AGUILA MARTÍNEZ, J. “La mediación de consumo”, *op. cit.*, p. 11].

A mayor abundamiento, serán causas de abstención o recusación, los supuestos en los que las partes tengan un pleito pendiente con el mediador, árbitro u órgano unipersonal o colegiado que lleve a cabo el procedimiento, tengan interés directo o indirecto con la causa del procedimiento, o ser subordinado del órgano que lleva a cabo el procedimiento (*ex art. 219 LOPJ*).

## **1.2. Condiciones y conocimientos especializados**

*De lege data*, las entidades de resolución alternativa podrán establecerse en España independientemente de su naturaleza jurídica, sean carácter público o privado. Si bien, la Ley 7/2017 obliga, como no, a que los procedimientos de resolución alternativa sean llevados a cabo por personas físicas (art. 22.2), que son las realmente llamadas a intervenir en la resolución del conflicto.

De ahí que, con independencia de la composición del órgano —unipersonal o colegiado— la Ley exige unas condiciones y una determinada cualificación a las personas físicas que intervinientes: de un lado establecen los requisitos relativos a la capacidad que deben poseer; y, de otro, los requisitos de cualificación profesional que han de reunir.

En lo que respecta a los requisitos de capacidad, la Ley exige tres requisitos: (i) que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles; (ii) que no hayan sido inhabilitadas por sentencia firme; y, (iii) que no realicen otras funciones incompatibles con el ejercicio de su profesión habitual [art. 22.1, *a*]).

En lo que respecta a la cualificación profesional, deberán contar con conocimientos y competencias específicas en materia de resolución extrajudicial o judicial de litigios en materia de consumo, así como un conocimiento general suficiente del Derecho [art. 22.1, *b*]).

Si bien la Ley 7/2017 no obliga expresamente a poseer la titulación de la licenciatura o el grado en Derecho, no podemos olvidar que las leyes sectoriales que regulan los distintos procedimientos pueden exigir que se cuente con alguna de estas titulaciones. Ello acontece, por ejemplo, con el Sistema Arbitral de Consumo que, de optarse por el arbitraje en derecho,



exige que el árbitro en derecho posea aquella titulación, en contraposición con lo que sucede en el arbitraje en equidad, en el que no será exigible.

Ello no impide a nuestro juicio, que sea deseable que cuenten con tal titulación, dada la dificultad que entraña esta rama del Derecho. Al tiempo, sería deseable que las personas físicas contaran con conocimientos especializados en materia de negociación, mediación, arbitraje, conciliación, u otro tipo de procedimientos de naturaleza *seudo-administrativa* y administrativa, dada la necesidad de asegurar el éxito de la resolución extrajudicial, generando la confianza necesaria a las partes de que su reclamación llegará a buen puerto.

## **2. PRINCIPIOS PROYECTADOS EN LAS ENTIDADES, EN LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES Y EN LAS PARTES**

### **2.1. Principio de voluntariedad y libertad**

La voluntariedad y la libertad son los principios esenciales que envuelven a los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos. Con carácter general, estos principios, estrechamente unidos, se proyectan a través del principio *dispositivo* o de *libre disposición* que tienen las partes para decidir, si someten su conflicto a un procedimiento extrajudicial, o si deciden abandonarlo una vez iniciado este; y ello, porque en principio, las partes no están obligadas a permanecer en un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.

En este sentido, Maluquer de Motes, entiende que el principio de voluntariedad se define como: “*el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta a todo lo relativo a su disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso, sobre la creación, modificación y extinción de los mismos*”<sup>186</sup>.

Sobre la posibilidad de que las partes se aparten, modifiquen o extingan un procedimiento extrajudicial una vez iniciado, ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Justicia

---

<sup>186</sup> MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Comentarios al artículo 31”, en *Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la ley veinte años después* (Llamas Pombo, coord.), La Ley, Madrid, 2005, p. 860; y, FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., “Principios, asistencia jurídica y costes del procedimiento de resolución alternativa de consumo”, *op. cit.*, p. 147.

de la Unión Europea, en su Sentencia de 14 de junio de 2017. Las conclusiones del Abogado General, recogidas en esta sentencia, señalan que a tenor de la Directiva 2013/11/UE [art. 9.2, ap. a)], las partes pueden retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con el funcionamiento o la tramitación, sin perjuicio de que las normas internas de un Estado miembro puedan obligar al comerciante a participar en dichos procedimientos extrajudiciales, y este derecho de retirada, quedar suprimido para aquel y en cambio, reconocido para el consumidor. Ello conlleva que, si un Estado miembro obliga al comerciante a participar en el procedimiento extrajudicial, puede exigirle a aquel que permanezca en el procedimiento, en tanto que, si un Estado miembro no obliga al comerciante a participar en el procedimiento, este no puede quedar «cautivo» del procedimiento en cuestión.

Las conclusiones del Abogado General se corresponden si se tiene en cuenta la legislación italiana, que impone la obligación de participar en un procedimiento de resolución alternativa, y que, al tiempo, impone sanciones a las partes por retirarse del mismo, limitando así el acceso a la tutela judicial efectiva de las partes hasta el punto de ser contrario a la Directiva 2013/11/UE (art. 1 *in fine*). Algo inadmisibles, dado que la retirada del procedimiento extrajudicial no puede conllevar aparejadas consecuencias desfavorables para un eventual proceso judicial posterior, instado por la parte que decida retirarse del mismo o, al menos, en los supuestos en los que se trate del consumidor (ap. 96).

En el mismo sentido, declara el Tribunal de Justicia, que una legislación nacional que atribuye consecuencias desfavorables a un procedimiento judicial posterior por la retirada de una de las partes del procedimiento de mediación para los supuestos en que no concurra «*causa justificada*» es contraria al artículo 8, letra b) de la Directiva 2013/11/UE, a menos que, el concepto de «*causa justificada*» englobe la insatisfacción de la parte que se retiró con el desarrollo o funcionamiento del procedimiento de resolución alternativa de conflictos<sup>187</sup>.

Asimismo, declara que: «*lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial*». Derecho este, que en el ordenamiento jurídico español queda garantizado por el artículo 9 de la Ley 7/2017 que señala que: «(...) *en ningún caso la*

---

<sup>187</sup> STJUE (Sala 1ª), de 14 de junio de 2017, *cit.*

*decisión vinculante que ponga fin al procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial»<sup>188</sup>.*

A nuestro juicio, es evidente que el citado precepto no encuentra cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Y ello, se desprende de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 7/2017, porque, en principio, es contrario a la libertad de las partes (consumidor y comerciante) el establecimiento de mecanismos extrajudiciales, en virtud del principio dispositivo, al menos en lo que respecta al consumidor, en tanto que sí es posible obligar al empresario/comerciante a participar en un procedimiento que finalice con resultado vinculante, siempre que haya mediado adhesión previa o, en su caso, cuando así lo disponga una ley (art. 13.2 LRACMC)<sup>189</sup>.

Pero este no es el único pronunciamiento de nuestro más alto tribunal, dado que en lo que respecta a las fórmulas heterocompositivas, el arbitraje por excelencia, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la nulidad de los preceptos que obligan a una de las partes en este método extrajudicial, entre ellas destacan:

- De un lado, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de noviembre 1995, que decretó la nulidad e inconstitucional del artículo 38, apartado 2, párrafo 1º, de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres<sup>190</sup>, que imponía un arbitraje imperativo y excluyente del acceso a la jurisdicción, resultando contrario al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>191</sup>; y,
- De otro, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de enero de 2018, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 76, letra e), de la Ley de Contrato de

---

<sup>188</sup> STJUE (Sala 1ª), de 14 de junio de 2017, *cit.*

<sup>189</sup> Varios vienen siendo los intentos del legislador de implementar mediación obligatoria. Aunque analizamos posteriormente este asunto, no es una mediación obligatoria en sentido estricto, sino más bien la obligación se traduce en que las partes acudan a una sesión informativa y exploratoria del conflicto, sin necesidad de concluir necesariamente con un acuerdo. Asimismo, analizaremos el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, a través del cual se obliga a las partes a acudir a una actividad negocial previa como presupuesto de admisibilidad a trámite de la demanda en vía judicial.

<sup>190</sup> Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE, núm. 182, de 31 de julio de 1987).

<sup>191</sup> STC (Pleno), núm. 174/1995, de 23 de noviembre (cuestiones de inconstitucionalidad núms: 2112/91 y 2368/95). Para un mayor abundamiento sobre esta sentencia, *vid.*, BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales, op. cit.*, pp. 258 y 259.

Seguro<sup>192</sup>, que prescinde de la voluntad de la aseguradora para someter el conflicto a arbitraje<sup>193</sup>.

Hemos de convenir que la importancia de los principios de voluntariedad y libertad derivan de la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores para acceder a la justicia. Podemos decir en sentido amplio, que los principios de voluntariedad y libertad están presentes desde el momento en el que las partes eligen resolver el conflicto en sede judicial o a través de un método extrajudicial, pero es indudable que ambos principios se proyectan con mayor intensidad en las fórmulas autocompositivas, dado que las partes adquieren un mayor grado de protagonismo y responsabilidad en el procedimiento, siendo ellas mismas las que “diseñan” su acuerdo.

Analizada la posibilidad que ofrece nuestra Ley 7/2017 de establecer mecanismos de participación obligatoria para las partes, cuando se cumplan ciertas garantías, hemos de cuestionarnos qué tipo de ley puede regular esta imposición forzosa de acudir a los mecanismos de resolución alternativa. Ante esta omisión, autores como Fernández-Fígares Morales, han entendido, que “*podría ser válida cualquier tipo de disposición*”<sup>194</sup>.

No obstante, a nuestro juicio, sería deseable que fuera una norma estatal con rango de ley la que regulara la participación obligatoria de estos mecanismos; y ello, porque no podemos olvidar que estas instituciones, como es el caso de la mediación, vienen a incidir sobre una competencia cedida por el Estado a las comunidades autónomas. Habida cuenta de la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva y uniforme de todos los consumidores residentes en territorio español, y teniendo presente que la imposición un método extrajudicial como presupuesto previo a la vía judicial, es legislación procesal que corresponde en exclusiva al Estado (*ex art. 149.1. 6º*), entendemos que es una norma estatal con rango de ley la que deba regular la participación obligatoria de las partes en estos mecanismos<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup>Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE, núm. 250, de 17 de noviembre de 1980).

<sup>193</sup> STC (Pleno), núm. 1/2018, de 11 de enero (cuestión de inconstitucionalidad núm. 2578/2015).

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., Principios, asistencia jurídica y costes en el procedimiento de resolución alternativa de consumo, *op. cit.*, p. 147.

<sup>195</sup> *Vid.*, SSTC (Pleno), núm. 54/2018, de 24 de mayo, *cit.*; y, núm. 31/2010, de 28 de junio (núm. de recurso: 8045/2006).

Por otra parte, ha de indicarse que el principio de voluntariedad no solo se proyecta en las partes en la elección del método o en la permanencia en el procedimiento, sino que también tiene su proyección en las entidades de resolución alternativa, siendo estas libres para solicitar la acreditación ante la autoridad competente, salvo que una norma establezca lo contrario. Ello sucede, por ejemplo, en el sector financiero o en el del transporte aéreo. Sectores estos, donde es obligatoria la acreditación de una entidad especializada.

Como epílogo de este apartado, concluimos que los principios de voluntariedad y libertad son de carácter relativo, por tres motivos: primero, porque no son predicables de todos y cada uno de los métodos extrajudiciales; segundo, porque se proyecta con mayor intensidad para el consumidor que para el comerciante, encontrándonos ciertos límites a la autonomía de la voluntad; y, tercero, porque en algunos sectores es obligatoria la acreditación de una entidad especializada.

## **2.2. Principio de transparencia e información**

Aunque el principio de transparencia viene recogido en el artículo 8 de la Ley 7/2017 como uno de los principios rectores que deben respetar las entidades que gestionen los procedimientos extrajudiciales, no ofrece definición alguna de este principio. Ello hace que tengamos que acudir al Diccionario Español Jurídico de la Real Academia de Lengua Española y del Consejo General del Poder Judicial, que la define como:

*«La obligación de las Administraciones públicas otras entidades públicas y privadas, como los partidos políticos o las entidades subvencionadas, de dar a conocer periódicamente los datos más relevantes de su actividad, con los elementos económicos y presupuestarios correspondientes, así como facilitar a las personas el acceso a la información pública contenida en documentos y archivos que aquellas custodian».*

De tal forma, que puede decirse que el principio de transparencia exigido en la Ley 7/2017, deriva de la obligación que tienen las entidades de facilitar el acceso a la información y determinados, tanto al público en general, como a las partes del conflicto del conflicto.

Y es que, las entidades de resolución alternativa están obligadas a facilitar de forma clara y comprensible en su página web, o en cualquier otro soporte con carácter duradero, el acceso a información de los datos relativos a: la identificación de la entidad, incluyendo el contacto, la dirección postal, el correo electrónico, información sobre su inclusión en el

listado nacional elaborado por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición; y, en su caso, su participación en cualquier red de entidades.

En lo que respecta a las personas físicas encargadas de la resolución del conflicto, las entidades deberán dar a conocer los datos relativos al mediador, al árbitro, o de la persona física que se encargue de llevar a cabo el procedimiento: la forma de su nombramiento, la duración de su mandato, así como la información que permita el conocimiento y la comprobación de los requisitos relativos a la formación, cualificación, experiencia, independencia e imparcialidad.

Deberán dar a conocer, por otra parte, los tipos de conflictos que se incluyan en el ámbito de atribución de sus competencias, indicando, si son competentes para resolver conflictos de carácter nacional o transfronterizo, haciendo referencia a las normas de procedimiento por las que se rigen. Al tiempo, deberán indicar si son competentes para resolver mecanismos que finalicen o no con resultado vinculante. Esta última obligación se traduce en poner en conocimiento de las partes las competencias atribuidas en mediación, arbitraje o del método en el que intervengan. Asimismo, deberán dar a conocer las lenguas oficiales españolas e idiomas en los que las partes podrán presentar las reclamaciones y en las que se desarrollen sus procedimientos; cuestión esta, que entendemos que dependerá del lugar donde esté establecida la entidad de resolución alternativa.

Deberán informar de los supuestos en los que el litigio o conflicto se resuelve en derecho o en equidad; y, si se aplica en su resolución un código de conducta u otra norma de regulación específica.

También darán a conocer cualquier información, documento o requisito que las partes deban aportar antes de que se inicie el procedimiento extrajudicial, incluido el intento del consumidor de resolver el asunto directamente con el empresario a través de la negociación directa, para que sea admitida a trámite su solicitud, así como dar a conocer las causas por las que la entidad puede inadmitir a trámite la reclamación, a saber:

- Que el consumidor, con carácter previo a la interposición de la reclamación ante la entidad, no haya contactado con el empresario para tratar de resolver el asunto, o bien no acredite el intento de comunicación con aquel. Reclamación, que deberá ser

- admitida en todo caso si hubiera transcurrido más de un mes desde que el consumidor presentó la reclamación sin que haya habido respuesta por parte del empresario;
- Que la reclamación resultara manifiestamente infundada o no se apreciara afectación de los derechos y legítimos intereses del consumidor;
  - Que el contenido de la reclamación fuera vejatorio;
  - Que el litigio hubiera sido resuelto o planteado ante otra entidad acreditada o, que haya sido resuelto en sede judicial por un órgano jurisdiccional;
  - Que el consumidor presentara la reclamación habiendo transcurrido más de un año desde la interposición de la misma ante el empresario reclamado, o en su caso, ante su servicio de atención al cliente; y,
  - Que, tratándose de un procedimiento con resultado vinculante para el consumidor, el conflicto verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales del delito, incluyéndose la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, habida cuenta de que quedará excluida la solución extrajudicial.

Conforme al principio de eficiencia, las entidades también deberán informar a las de la posibilidad de retirarse del procedimiento, el momento en el que podrán hacerlo y las consecuencias de ello. Lógicamente, estas consecuencias dependerán de que la entidad lleve a cabo fórmulas autocompositivas o heterocompositivas.

Pero es que también deberán poner en conocimiento de las partes, la duración media de sus procedimientos, los efectos jurídicos de intentar la solución extrajudicial, incluidas las sanciones que pudieran ser impuestas por las Administraciones públicas competentes por el incumplimiento de una resolución administrativa, así como si el resultado o decisión del procedimiento tiene fuerza ejecutiva, que dependerá del tipo de ADR que se haya seguido.

Asimismo, deberán facilitar a las partes información relativa a los costes de los procedimientos o si deben asumir algún coste, así como las normas y reglas que rigen para su atribución. Con carácter general, se establezca la gratuidad de estos métodos, sin perjuicio de lo que puedan establecer las leyes que regulan los procedimientos extrajudiciales en lo relativo a la práctica de la prueba solicitada a instancia de parte.

Para concluir, deberán informar de la posibilidad de presentar reclamaciones frente a la propia entidad, por su mal funcionamiento o malas prácticas. Debiendo la entidad dar

traslado de esta reclamación a la autoridad competente junto al informe de contestación ofrecida al reclamante (art. 35 LRACMC).

Esta obligación de información también se proyecta en los empresarios, en el Centro Europeo del Consumidor y en las Administraciones públicas. En lo que respecta a los empresarios, deberán informar a sus consumidores si están adheridos a una entidad acreditada en España o en otro Estado miembro, o si ya vienen obligados por una norma o código de conducta a aceptar su participación en la solución extrajudicial, informándolos de que pueden acudir a estos métodos para resolver el conflicto. Esta obligación es tan intensa, que la Ley señala como infracción muy grave en materia de consumo el incumplimiento de este deber (*ex art. 41*).

En lo que respecta al Centro Europeo del Consumidor y a las Administraciones públicas con competencia en materia de protección de los consumidores, también estarán obligados a facilitar en sus páginas web y en los sitios web de la Comisión Europea, información relativa a las entidades acreditadas a las que puede acudir el consumidor, así como el modo para acceder a ellas (art. 42)<sup>196</sup>.

### **2.3. Principio de eficiencia y sus manifestaciones**

El principio de eficacia es entendido como uno de los principios más característicos de los métodos extrajudiciales, no en vano, se ofertan como mecanismos más eficientes o rápidos en la protección de los derechos de los consumidores (*vid.*, el Preámbulo de la LRACMC), pues se consideran instrumentos de fácil acceso, sencillos, flexibles, rápidos y a coste cero para los consumidores; todo lo contrario del proceso, caracterizado por ser burocrático, rígido, lento y costoso.

---

<sup>196</sup> Importante es, en este sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 13 de noviembre de 2020, relativa a la Nueva Agenda del Consumidor para reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible [COM (2020) 696 final]. En ella se recoge la visión de la política normativa europea para los consumidores para el período 2020-2025. En lo que a nuestro interés respecta, se recogen — entre otras cuestiones— las medidas adoptadas para incrementar la protección de los consumidores durante y después de la pandemia ocasionada por la crisis sanitaria del Covid-19. Medidas estas que pretenden evitar las prácticas abusivas, los engaños fraudulentos y mejorar su capacidad para enfrentarse a ellas. Puede consultarse la agenda en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/ES/COM-2020-696-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (consulta: 16 de abril de 2021).



De ahí, que este principio se constituya como el “sello distintivo” de los procedimientos extrajudiciales (art. 8).

La importancia de este principio rector se contradice con la ausencia en la ley que lo regula, de todo tipo de conceptualización que enmarque sus diversas manifestaciones. No obstante, teniendo en cuenta que la eficiencia es la capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos o tiempo, entendemos que este principio se proyecta en la accesibilidad a sus procedimientos (*ex art. 12*); en el régimen de defensa y asesoramiento (art. 10); en su eventual gratuidad; y, en su corta duración.

En lo que respecta al principio de accesibilidad, se traduce en el deber de facilitar a las partes un acceso sencillo al procedimiento, se tramite este en línea o físicamente. Además, la admisibilidad de la tramitación en línea permite acudir a sus cauces con independencia del ámbito territorial donde se encuentre ubicado el consumidor o la empresa reclamada. Las oficinas y servicios de información y atención de las entidades de resolución alternativa deben diseñarse de modo que permitan el acceso a las partes a sus servicios, a través de medios y soportes de acceso universal; accesibilidad física, que ha de garantizarse sobre todo a las personas con discapacidad o edad avanzada.

En lo relativo al *régimen de defensa* que se establece en la Ley 7/2017, se dispone la intervención no preceptiva de abogado o asesor jurídico. Circunstancia esta que habrá de ser informada a las partes por la entidad. No obstante, con el fin de salvaguardar el principio de igualdad de armas, la norma indica que, si alguna de las partes va a acudir asistidas por tales técnicos en Derecho, deberá ponerlo en conocimiento de la entidad. El consumidor deberá comunicarlo dentro de los tres días siguientes a la fecha de presentación de la reclamación, en tanto que el empresario, a contar desde la recepción de la reclamación. Tal comunicación, entendemos, tiene por objeto que la entidad notifique a la parte contraria, en su caso, que la otra va a servirse de abogado, por si también desea valerse de un asesor.

A pesar de lo señalado en la Ley 7/2017, cabe plantearse si en nuestro ordenamiento sería posible la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, en los que sea preceptivo acudir asistidos por abogado. La respuesta de esta cuestión, a nuestro juicio, puede hallarse en la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2017, en la que se discutió si el artículo 8, apartado 1º del Decreto Legislativo n.º

28/2010 italiano, por el cual se obliga a las partes a ser asistidas por un abogado en un procedimiento de mediación es conforme a la Directiva 2013/11/UE. Tanto el Abogado General, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea coinciden al señalar que esta disposición del Derecho italiano es contraria al Derecho de la Unión Europea (ap. 80)<sup>197</sup>. De lo cual se infiere, que muy difícilmente vamos a encontrar en nuestro ordenamiento una disposición semejante.

En lo relativo a los *costes económicos del procedimiento*, el texto de la Ley que fue finalmente aprobado ha optado por establecer la gratuidad de los procedimientos extrajudiciales (art. 11). Al contrario que el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, que sancionaba la posibilidad de imponer un coste reducido a los consumidores que no podría superar la cuantía de 30 euros (art. 11); y ello, porque la Directiva 2013/11/UE deja abierta la puerta a la posibilidad de que los legisladores nacionales establezcan tanto la gratuidad de los procedimientos, como su onerosidad, fijando un precio simbólico para los consumidores [art. 8, c)].

Siendo la regla general la gratuidad en lo que refiere al acceso a estos métodos extrajudiciales, este principio puede ser matizado en atención a algunos de los costes que genera el procedimiento. Así, por ejemplo, aunque el Sistema Arbitral de Consumo, es gratuito para el consumidor (*ex art. 41.1 RDSAC*), al ser un arbitraje institucionalizado y sufragado por la Administración pública de la que dependa la Junta Arbitral, cabe la posibilidad de que los costes de algunas de las pruebas que se practiquen sean sufragados a instancia de parte, siendo asumidos por quien las haya propuesto (*ex art. 45.3 RDSAC*).

De ahí que concluyamos que la gratuidad de los procedimientos de resolución alternativa no es de carácter absoluto, porque pueden derivarse algunos costes para el empresario, pero también para el consumidor.

En lo que respecta a la *duración del procedimiento*, la Ley 7/2017 indica que el resultado del procedimiento deberá darse a conocer a las partes en un plazo que no podrá superar los 90 días desde que el consumidor presenta la reclamación. Plazo que comenzará a computarse, si la reclamación es en línea, desde que conste en el soporte duradero la

---

<sup>197</sup> STJUE (Sala 1ª), de 14 de junio de 2017, *cit.*

recepción de la documentación completa para tramitar el procedimiento. La norma señala una excepción al plazo máximo de 90 días, para los conflictos que revistan mayor complejidad. Supuesto en el que se permite una prórroga de carácter excepcional que no podrá superar el plazo previsto para la resolución del conflicto. En el supuesto de optar por la prórroga, la Ley sanciona la comunicación a las partes, debiendo expresarse los motivos que la aconsejan.

En este sentido, la Disposición final sexta (ap. 2º) de la Ley 7/2017 ha modificado el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que establecía un plazo de 6 meses para que los árbitros de consumo dicten sus laudos arbitrales (art. 49.1). De tal modo que el laudo arbitral deberá dictarse en el plazo de 90 días naturales, con posibilidad de acordar una prórroga motivada.

Para concluir, ha de indicarse que en función de la forma del procedimiento del que se trate, la decisión, la propuesta o acta de acuerdo amistoso que ponga fin al procedimiento extrajudicial, deberá ser notificada a las partes por escrito, o en un soporte duradero, cuando las partes hayan tramitado la reclamación por medios telemáticos.

#### **2.4. Principios de equidad, contradicción e igualdad**

La Ley 7/2017 recoge el principio de equidad como el último principio rector que debe garantizarse en los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo (art. 8). Si bien, hemos de puntualizar que la Ley 7/2017 no hace referencia expresa al concepto de equidad, sino que lo regula implícitamente en el artículo 19, que lleva por rúbrica «*igualdad y contradicción entre las partes del procedimiento*», y en el que se tratan por tanto los otros dos principios enunciados. Esta asimilación de conceptos no es algo nuevo, pues la propia doctrina y las distintas normas sectoriales que tratan estos principios se refieren indistintamente a los principios de equidad e igualdad, cuando en realidad son principios netamente diferenciados.

La Ley 7/2017, a diferencia de la Directiva 2013/11/UE, aglutina los principios de igualdad y contradicción en un mismo precepto, en el artículo 9, relativo al principio de equidad. A falta de un concepto legal que defina este principio, la equidad puede definirse como la justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva, pero es que además significa disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que se merece, luego la

aplicación de este principio se traduce en que el procedimiento debe ser paritario respecto a las obligaciones, cargas y oportunidades de ejercer sus derechos<sup>198</sup>.

Puede decirse que el principio de equidad engloba al principio igualdad y al principio de contradicción. Y, este último, se traduce en la necesidad de que haya dos partes con intereses contrapuestos desde que se inicia el procedimiento, debiendo estar presente hasta el final del procedimiento, pues si no hay contienda, podemos entender que se hace innecesaria la continuación del procedimiento extrajudicial.

Sobre este principio, hemos de indicar que engloba un conjunto de derechos procesales que se traducen en unas garantías concretas. Entre ellas se encuentran el derecho de las partes de ser oídas por el órgano encargado de llevar a cabo el procedimiento, el derecho de conocer los hechos, quejas y reclamaciones de la parte contraria, así como el derecho a conocer los eventuales dictámenes emitidos por los expertos o especialistas que puedan intervenir en el procedimiento extrajudicial. Al tiempo, implica garantizar a las partes, la posibilidad de que la persona encargada de llevar a cabo el procedimiento suministre el intercambio de información relativa a la reclamación o información (*ex art.19 aps. 1º y 2º*). Información que podrá facilitarse por medios telemáticos (*v. gr.*, por correo electrónico o por cualquier otro medio que garantice este derecho de información).

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —señala Fernández-Fígares—, el principio de equidad engloba los principios de igualdad de armas procesales y de contradicción, que implica la facultad de tener el conocimiento de las alegaciones, documentos y pruebas presentadas por la parte contraria para poder oponerse<sup>199</sup>.

Por otra parte, la regulación del principio de igualdad en la Ley 7/2017 es bastante parca, por no decir que incita a error, dado que solo señala que en el procedimiento extrajudicial deberá garantizarse el principio de igualdad entre las partes, manteniendo el respeto a sus manifestaciones y el equilibrio de sus posiciones (art. 19.1).

---

<sup>198</sup> FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., “Principios, asistencia jurídica y costes en el procedimiento de resolución alternativa de consumo”, *op. cit.*, p.161.

<sup>199</sup> SSTEDH de 23 de junio de 1993, asunto Ruiz Materos/España; y, de 26 de febrero de 2002, asunto *Fretté/Francia* [Cfr., FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., *ibidem*, p. 161].

Y es que, Ley 7/2017 omite quién es el órgano encargado de garantizar el equilibrio de posiciones entre las partes. Deduciendo que esta competencia se atribuye a la entidad de resolución alternativa acreditada o a la persona física encargada de llevar a cabo la solución del conflicto. Asimismo, hemos notado que la igualdad entre las partes no se refiere a una igualdad formal, sino a la igualdad de armas procesales para defenderse, para realizar alegaciones, o para disponer de las pruebas y documentos que aporte la parte contraria, pues el desequilibrio intrínseco que suele darse entre consumidor y comerciante, hace imposible que se pueda hablar de una igualdad formal en sentido estricto en el Derecho de consumo.

## **2.5. Principio de confidencialidad y derecho a la protección de datos de carácter personal**

La Ley 7/2017 regula el principio de confidencialidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal en su artículo 36. Y se regulan, respectivamente, como una obligación y un derecho que las entidades acreditadas deben garantizar. A estos efectos, entre otras actuaciones, velarán por que tanto las personas encargadas de la resolución del conflicto, llámense árbitros, mediadores o conciliadores, que están sujetos al secreto profesional, como las partes en litigio o, en su caso, sus representantes técnicos, no revelen información que hubieran podido obtener con ocasión del procedimiento.

Además, las entidades acreditadas estarán obligadas a adoptar las medidas necesarias para asegurar que el tratamiento de los datos cumpla con lo establecido en la norma vigente en materia de protección de datos de carácter personal; debiendo de considerarse como autoridad de tratamiento a los efectos de lo señalado en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter General y garantía de los derechos digitales (art. 28 y ss.)<sup>200</sup>. Obligación, que se extenderá al tratamiento de los datos llevados a cabo con ocasión de la tramitación de los procedimientos extrajudiciales como consecuencia de las cesiones que se efectúe en el marco de la cooperación e intercambio de información entre las entidades acreditadas o sus redes, y el intercambio de información con autoridades y Administraciones públicas, a no ser que se cuente con la autorización de su titular o de una resolución judicial en este sentido<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup>Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

<sup>201</sup> Para un mayor abundamiento sobre la protección de datos en sede judicial o en sede administrativa, *vid.*, BONACHERA VILLEGAS, R., “La protección de datos en el ámbito judicial”, en *La justicia digital en España*

La infracción del deber de confidencialidad por las entidades o por las personas encargadas de la decisión del conflicto generará la responsabilidad prevista en el ordenamiento jurídico, sin que la Ley indique en qué norma se regula tal responsabilidad. En este sentido, ha de entenderse aplicable el art. 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, que señala que:

*«Los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679; 2. La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable; y, 3. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento».*

Siendo complementario el deber de confidencialidad, de los deberes que se derivan del secreto profesional, de conformidad con su normativa aplicable. Así, por ejemplo, para el abogado le será de aplicación lo dispuesto en el Capítulo IV (arts. 21 y ss.) del Estatuto de la Abogacía<sup>202</sup>, que dentro del deber de confidencialidad engloba los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesionales de la abogacía, hayan podido conocer o recibir en su ejercicio profesional. Deber de secreto profesional que se extiende a todas las personas que trabajen o colaboren con el abogado, y que no se encuentra limitado en el tiempo, dado que rige incluso después de haber cesado en la prestación de sus servicios al cliente.

Como todos los deberes y derechos, el deber de confidencialidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal no son de carácter absoluto, sino más bien de carácter relativo, pues pueden quedar limitados en algunos supuestos, habida cuenta de que, de conformidad con lo establecido en el art. 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos<sup>203</sup> y del art. 6 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, el interesado

---

y la Unión Europea: *Situación actual y perspectivas de futuro* (Arrabal Platero, coord. y García Molina/Conde Fuentes/Serrano Hoyo, dirs.), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 21-30. Para la protección de datos y más en los problemas que presenta la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo, *vid.*, BONACHERA VILLEGAS, “La protección de datos de carácter personal en el ámbito del proceso contencioso-administrativo: problemas en torno a la legitimación activa”, en *Era Digital, Sociedad y Derecho* (Arrabal Platero/Doig Díaz/Ortega Giménez/Turégano Mansilla, coords. y Fuentes Soriano, dir.), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 443-453.

<sup>202</sup> Aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE, núm. 71 de 24 de marzo de 2021).

<sup>203</sup> Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE [Reglamento general de protección de datos (DOUE, 119 de y de mayo de 2016)].

podrá prestar su conformidad o consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Consentimiento, que deberá reunir tal los requisitos enumerados en aquellos preceptos.

Con todo ello, debemos cuestionar si las alegaciones y documentos aportados a un procedimiento extrajudicial pueden ser aportados posteriormente a un proceso judicial, cuando el procedimiento extrajudicial resulte infructuoso o, si dichos documentos están afectados por el principio de confidencialidad y de protección de datos.

Esta duda nos lleva a la necesidad de hacer referencia a lo que señala el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 15 de diciembre de 2020, al que haremos referencia posteriormente con detalle. No obstante, nos vemos obligados a hacer referencia al artículo 6 de la norma, dado que señala que el procedimiento de negociación, así como la documentación utilizada en él son confidenciales, salvo lo que respecta a la información relativa a si las partes intentaron una actividad negocial previa y al objeto de la controversia, siendo extensible este deber tanto a las partes intervinientes y, en su caso, al tercero neutral que intervenga, que quedará sujeto al derecho y al deber de confidencialidad. De este modo, ninguno de ellos podrá revelar la información que hubiera obtenido del procedimiento de negociación, mediación o cualquier actividad negocial previa.

Deberes estos que se extienden a la utilización de esta información por las partes en un proceso judicial o en un arbitraje que, en su caso, pueda darse con posterioridad, salvo en tres supuestos: (i) que las partes se dispensen por escrito y de manera expresa, o al tercero neutral, del deber de confidencialidad; (ii) cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas; y, (iii) cuando lo acuerde el juez mediante resolución judicial motivada y sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

En el supuesto de que alguna de las partes aporte como prueba en el eventual proceso judicial o arbitraje que pueda darse, información distinta al objeto del conflicto o al intento de la actividad negocial, será inadmitida por aplicación del artículo 283.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala que: «*nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley*».

En este sentido, algunos autores consideran que este principio es pieza clave en el éxito de la mediación, dado que, sin las garantías del principio de confidencialidad, las partes no

acudirían a sus cauces para resolver sus conflictos, por el temor a que la información que aporten pueda ser utilizada en su contra, en su caso, en un proceso judicial posterior<sup>204</sup>.

Sin embargo, no compartimos del todo esta opinión, dado que debería permitirse que las partes pudieran utilizar como medio probatorio algunas de las actuaciones llevadas a cabo en la actividad negocial, habida cuenta de que conllevaría a que las partes actuarán de buena fe en el procedimiento extrajudicial, al tiempo que potenciaría la solución extrajudicial de conflictos sin necesidad de acudir a la vía judicial o al arbitraje, donde la solución es impuesta.

Por ello, *de lege ferenda*, podría tenerse en cuenta la posibilidad de que el tercero neutral interviniente, los peritos o expertos pudieran intervenir en un eventual proceso judicial, sin necesidad de que sean dispensados por las partes de este deber. Incluso, podría tenerse en cuenta la posibilidad de que las partes pudieran aportar como prueba testifical al tercero interviniente en la solución extrajudicial, o a los expertos que intervengan en ella, así como las pruebas documentales pertinentes en caso de que la actividad negocial finalice sin acuerdo<sup>205</sup>.

Por todo lo expuesto, concluimos que el principio de confidencialidad debe entenderse de forma restrictiva, con más motivo si el legislador español pretende implementar con perspectivas de futuras, las acciones colectivas en sede extrajudicial

---

<sup>204</sup> En parecidos términos lo señala Fernández Fustes para el procedimiento de mediación [*Vid.*, FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo. El Real Decreto 231/2008. Objeto, ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, en *Resolución de conflictos en materia de consumo* (González Pillado, coord.), Madrid, Tecnos, 2009, p. 203].

<sup>205</sup> *Vid.*, DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La mediación de consumo”, *op. cit.*, p. 10.





**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**FÓRMULAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE**  
**CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO**



## I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Un sistema de Justicia Democrático que se precie tiene que prever diversas maneras de resolver los conflictos intersubjetivos de derechos e intereses jurídicos que puedan surgir en muy diversos ámbitos. Tradicionalmente han existido varias fórmulas para hallar la solución a dichos conflictos. Si bien, como señala Gómez Colomer, no todas ellas han sido aplicables, ni mucho menos admisibles<sup>206</sup>. Solo la decisión de un juez ha quedado durante mucho tiempo conceptualizada como la posibilidad más segura de resolver cuáles sean los conflictos, por las notas de independencia e imparcialidad que caracterizan a la función jurisdiccional.

Sin embargo, esta concepción de la Justicia ha ido variando con el paso del tiempo, al apreciarse una congestión de la jurisdicción. De ahí, la necesidad de precisar qué tipo de fórmulas extrajudiciales de resolución de conflictos se permiten en la actualidad por nuestra ley si hablamos de conflictos de consumo. Esta labor tropieza con un obstáculo, pues si bien la Ley 7/2017 prevé la solución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo, omite cualquier enumeración de las fórmulas o métodos extrajudiciales que están permitidos. Omisión que no es del todo grave, si se tiene en cuenta la pormenorización de dichos métodos en la normativa sectorial correspondiente. Si bien, aquella Ley no enumera ni conceptualiza métodos concretos de resolución, sí que clasifica los diferentes mecanismos de resolución alternativa de conflictos en dos grandes categorías:

- De un lado, regula los métodos vinculantes o no vinculantes, dependiendo de la eficacia que cabe dispensar a la solución del conflicto, instrumentada en un laudo arbitral, en una resolución o en un convenio entre las partes, que está directamente relacionado con la posición que ocupa el tercero. Así, la Ley 7/2017 define a los procedimientos con resultado vinculante, como aquellos que finalicen con la imposición a cualquiera de las partes de la solución adoptada, conlleve este o no la renuncia a la vía judicial [*ex art. 2., letra k*)], en tanto que serán procedimiento con resultado no vinculante, aquellos que

---

<sup>206</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L. (con Montero Aroca y Barona Vilar), *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.38.

finalicen con un acuerdo alcanzado entre las partes, adoptado por sí mismas o mediante la intervención de un tercero o que termina con una propuesta de solución, con independencia de que las partes posteriormente otorguen al acuerdo fuerza vinculante o se comprometan a aceptar la proposición que realiza el tercero encargado de llevar a cabo la resolución del conflicto [*ex art. 2., letra l)*]; y,

- De otro, en métodos obligatorios o no obligatorios, en atención al tipo de sujeción de las partes al método en cuestión.

Clasificación esta que en ocasiones no se muestra del todo nítida, dado que habrá supuestos en los que un mismo método de solución de conflictos pueda ser catalogado como obligatorio y no obligatorio, dependiendo de la existencia de una previa declaración de voluntad por ambas partes o de una de ellas, mediante la cual se somete a tal medio la solución del conflicto.

Igual podemos decir respecto a los métodos con resultado vinculante o no vinculante. Ello sucede, por ejemplo, con las resoluciones dictadas por el Jurado de la Publicidad, que serán vinculantes, si previamente el empresario se ha adherido al código de conducta, en tanto que no serán vinculantes si no existió tal adhesión, sin perjuicio de que podrá ser aceptada la decisión de tal Jurado una vez que el consumidor le someta la controversia.

Lo que sí debe quedar claro, es que la Ley 7/2017 se ha decantado, preferentemente, por regular la acreditación facultativa de las entidades alternativas, y la solución extrajudicial de carácter voluntario, pues no regula la solución extrajudicial impuesta a ambas partes o una de ellas. *De facto*, de momento, solo se prevé la creación de métodos obligatorios en dos únicos ámbitos de consumo: en el sector financiero y en el transporte aéreo, sin perjuicio de que alguna norma posterior disponga lo contrario, estableciendo la necesidad de acudir a nuevos métodos alternativos de solución de conflictos antes de acudir a la Jurisdicción.

Con todo lo expuesto, hemos considerado pertinente mantener una división clásica de los métodos alternativos de resolución de conflictos, en atención al tipo de intervención de la tercera persona en la resolución del conflicto, distinguiendo los métodos autocompositivos de los heterocompositivos.

Dentro de los métodos autocompositivos hemos incluido los métodos extrajudiciales con o sin intervención de un tercero que no excluyan el planteamiento de la controversia en sede judicial. Los primeros son los que están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, por cuanto que esta norma incluye a todos los métodos extrajudiciales en los que intervenga una entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo que ha de ser acreditada. Y son: los códigos de conducta publicitarios, la intermediación hipotecaria, la mediación de consumo, la conciliación, ante el notario o registrador, analizando los motivos que excluyen que los consumidores acudan a cualquiera de estas conciliaciones para resolver los conflictos en materia de consumo, así como su exclusión de la Ley 7/2017.

En tanto que los segundos están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017 [art. 3.2, *a*)], dado que esta norma excluye los métodos extrajudiciales en los que no intervenga una entidad de resolución alternativa, sin perjuicio de que la negociación directa queda establecida como presupuesto procedimental para la admisión a trámite de la reclamación ante la entidad. Además de la negociación, se incluyen en esta categoría, la reclamación previa para devolución de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la transacción, las reclamaciones ante el servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente, o cualquier otro método extrajudicial en el que no intervenga un tercero, sea al margen del proceso judicial o una vez iniciado este. Si bien, la trascendencia de algunos de estos métodos nos ha obligado a llevar a cabo su estudio.

En los métodos heterocompositivos hemos incluido el arbitraje de consumo, sea individual o colectivo, y el arbitraje en materia de seguros, habida cuenta de que es el único mecanismo que excluye la reclamación del consumidor en sede judicial por estar configurado como un equivalente jurisdiccional que desplaza al proceso judicial.

Finalmente, centramos nuestra atención en los métodos en cuyo sector es preceptiva la creación o acreditación de una entidad especializada y son de participación obligatoria para alguna de las partes, pues el legislador nacional, siguiendo los parámetros de la Directiva 2013/11/UE permite la existencia de mecanismos de participación obligatoria

que finalicen con resultado vinculante para las partes, salvo que conlleven la exclusión de la vía judicial (*ex art. 9 LRACMC*)<sup>207</sup>.

## 1. LA AUTOCOMPOSICIÓN Y LA HETEROCOMPOSICIÓN

En este apartado vamos a delimitar, con carácter general, los distintos métodos de resolución alternativa de conflictos que pueden estar amparados por la Ley 7/2017, señalando los principales aspectos que caracterizan a las fórmulas autocompositivas y a las fórmulas heterocompositivas. Y todo ello, sin perjuicio de que, en los siguientes apartados, abordaremos pormenorizadamente las principales fórmulas extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo que cabe aglutinar en una u otra categoría, dejando de lado el estudio de estas fórmulas en otros ámbitos distintos al de consumo (sea civil, mercantil, laboral, administrativo e incluso penal)<sup>208</sup>.

De todos los métodos de solución de conflictos, la autocomposición es el medio más civilizado. Al igual que ocurre con la autodefensa, en palabras de Montero Aroca, “*en la autocomposición son los propios interesados los que ponen fin al litigio*”<sup>209</sup>, pero a diferencia de lo que ocurre con la autodefensa, la solución no se impone por el uso de la fuerza, sino a través de un acuerdo de voluntades o del sacrificio voluntario de una de ellas.

Dentro de estas fórmulas se sitúan las ADR, que surgen, como ya se dijo anteriormente, como procedimientos alternativos o complementarios a la vía judicial, al proceso. Siendo complementarios solo cuando fracasa la solución amistosa, cuando las partes no llegan a un acuerdo, cuando el actor no renuncia a la acción o desiste del proceso, cuando el demandando no se allana a las pretensiones del actor, o cuando no se produce una

---

<sup>207</sup> El principio de voluntariedad se proyecta con mayor intensidad para el consumidor que para el empresario; y ello, porque para el empresario/comerciante cabe la posibilidad de que se establezcan procedimientos obligatorios con resultado vinculante en los supuestos en los que esté obligado por una ley o por su adhesión previa a participar en un procedimiento extrajudicial. Esa adhesión puede darse, entre otros mecanismos, en los códigos de conducta o en el arbitraje de consumo, o bien por ley, como sucede con las quejas y reclamaciones en el sector financiero y en el del transporte aéreo.

<sup>208</sup> En el ámbito penal es más restringido el uso de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. En este sentido, Barona Vilar indica que: “*el monopolio del ius puniendi estatal, implica la indisponibilidad por los particulares del Derecho penal*” [BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal, op. cit.*, pp. 240-291]

<sup>209</sup> MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho procesal* (Ramos Méndez, coord.), Bosch, Barcelona, 1981, p. 197.

transacción (art. 1809 CC), se requiere al tercero (juez), para que imponga una solución al conflicto.

En tanto que serán alternativos, cuando se acuda a un tercero en lugar de hacerlo a la Jurisdicción, quedando excluidos de los métodos amparados por la Ley 7/2017, las fórmulas autocompositivas de carácter unilateral, esto es, aquellas en las que no interviene un tercero o, al menos, las que no pueden ser calificadas como tal, como es el caso de la negociación directa entre empresario y consumidor [art. 3.2, *k*)], así como los servicios de atención al cliente o cualquier otra actividad comercial que realice el consumidor con el empresario.

Así pues, las fórmulas autocompositivas que vamos a analizar son las bilaterales con intervención de un tercero, llámense negociación asistida, conciliación o mediación. En cualquier caso, el tercero no impone la solución, sino que ejercita sus buenos oficios para obtener la autocomposición de las partes, es decir, interviene intentando una solución amistosa del conflicto, siendo esta una de las notas de estas fórmulas, que se distinguen de las fórmulas heterocompositivas en que la solución vendrá impuesta por el tercero, que tendrá potestad para resolver el conflicto, llámese aquel juez o árbitro.

A diferencia de lo que ocurre con las oficinas o servicios de atención al cliente que, siendo métodos autocompositivos, quedan excluidos del ámbito de aplicación de las entidades que pueden ser acreditadas para resolver los conflictos de consumo. El sometimiento por parte del empresario a los denominados códigos de conducta, o códigos de buenas prácticas, sí quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017 y, porque cuando sean incumplidos podrán dar lugar a que un tercero intervenga a los efectos de dilucidar si tal incumplimiento se ha producido.

Por ello, la Ley 7/2017, al precisar su ámbito material de aplicación, incluye los conflictos derivados del incumplimiento del empresario adherido a un código de conducta sobre prácticas comerciales o de la publicidad<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> El artículo 37.4 de la Ley de Competencia Desleal indica que: «Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en



Por lo que afecta a la transacción, ha de señalarse que es un método autocompositivo de resolución de controversias por el cual los propios contendientes pueden resolver sus conflictos —se haya iniciado o no un proceso judicial o un procedimiento arbitral— con base a la autonomía de la voluntad de las partes, que podrán disponer de todo aquello que tengan por conveniente, en tanto no se vulneren normas imperativas o de orden público.

Si bien, aunque es cierto que es un método válido para resolver algunos conflictos en materia de Derecho de consumo<sup>211</sup>, no queda amparado por la Ley 7/2017, habida cuenta de que aquella lo que regula es el sistema de acreditación de las entidades llamadas a resolver los conflictos de consumo, esto es, los requisitos y principios que deben reunir aquellas entidades.

Y es que, si algo caracteriza a la transacción es que tiene por objeto evitar un proceso judicial o arbitral o, poner fin al que se ha iniciado, reflejado en un contrato, si es preprocesal, o en una declaración de voluntad, si es procesal, en el que las partes realizan concesiones recíprocas para poner fin al conflicto, faltando un tercero al que acreditar.

Toda transacción produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y las acciones de las que trae causa, al tiempo que origina nuevos vínculos y obligaciones<sup>212</sup>. Ello no impide que puedan surgir controversias nuevas respecto a lo transigido, pero está claro que esas controversias versarán sobre otras cuestiones, como, por ejemplo, el incumplimiento de una o varias contraprestaciones estipuladas en el contrato de transacción.

De hecho, de producirse la transacción en el seno de un proceso judicial (transacción judicial) deberá ser aprobada por el órgano jurisdiccional mediante un auto que pondrá

---

*la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente».*

Y, por su parte, el apartado V del Preámbulo de la Ley 7/2017, señala que, su inclusión en el ámbito de aplicación material se justifica en que, de no ser incluidos quedarían huérfanos de regulación.

<sup>211</sup> Recuérdese, que el artículo 1809 del Código Civil define la transacción, como un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito (transacción extrajudicial) o, ponen término al que ya había comenzado (transacción judicial).

<sup>212</sup> SSTs (Sala 1ª), núm. 1017/1993, de 6 de noviembre (núm. de recurso: 1374/1988); núm. 41/1999, de 30 de enero (núm. de recurso: 2281/1994); (Sala 4ª), núm. 2563/1998, de 20 de octubre (núm. de recurso: 3321/1997); y, (Sala 1ª), núm. 199/2010, de 5 de abril de 2010 (núm. de recurso: 2371/2005).

fin al proceso, constituyendo un título ejecutivo judicial. Lo mismo procede si se hace valer la transacción extraprocésal en el seno de un proceso; de ahí que deba ser aprobada por el juez.

Excluida en sentido *lato* las transacciones del ámbito de las entidades que podrán ser acreditadas para resolver los conflictos en materia de consumo, cabe plantearse si también quedan excluidas las *transacciones impropias*, esto es, aquellas transacciones que se llevan a cabo con la intervención de un tercero que asiste a las partes en la consecución de un acuerdo, que es vinculante para las partes, pero que no tiene eficacia de cosa juzgada (FJ 1º)<sup>213</sup>.

Nos referiremos a las transacciones que terminan con un acuerdo de las partes que se eleva a documento público, muy similares a las conciliaciones extrajudiciales llevadas a cabo ante el notario o el registrador. Al margen de si esos acuerdos constituyen o no título ejecutivo, este tipo de transacciones han de quedar extramuros del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017; y ello, porque la función del notario o registrador no es acercar posturas entre las partes en conflicto, sino que interviene como un fedatario público de que las partes han llegado a un acuerdo para evitar el pleito<sup>214</sup>.

Aunque ninguna norma impide que se lleven a cabo transacciones en materia de consumo, concluimos que, tanto la negociación directa como la transacción, sea extraprocésal o la que se logra en el seno del proceso, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, aunque la negociación sirve para prevenir la puesta en marcha de los procedimientos extrajudiciales. Tanto es así, que tanto la normativa europea como la nacional, establecen la posibilidad de que las entidades alternativas a las que se someta el conflicto inadmitan a trámite la reclamación del consumidor, cuando previamente no hubiese intentado solucionar el conflicto con el empresario o no acredita dicho intento [arts. 5.4, *c*) DRACMC y 18.1, *a*) LRACMC].

Ello, en principio, deja como únicos métodos autocompositivos de resolución susceptibles de ser incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, a los códigos de conducta, a la negociación asistida o intermediación hipotecaria, a la mediación de

---

<sup>213</sup> SAP de Guadalajara (Sección 1ª), núm. 417/2021, de 1 de octubre (núm de recurso: 452/2020).

<sup>214</sup> *Vid.*, la RDGRN, núm. 13754/ 2018, de 21 de septiembre de 2018.

consumo, entre otros métodos y, como métodos heterocompositivos, al arbitraje, que a su vez se diferencian entre sí, por el grado de intervención del tercero.

Quedan extramuros del ámbito de aplicación de la norma, la conciliación judicial llevada a cabo ante el letrado de la Administración de Justicia o ante el juez<sup>215</sup> y la mediación intrajudicial, dado que se excluyen expresamente los intentos o actuaciones realizados en el marco de un proceso judicial con el fin de solucionar el litigio objeto del mismo.

Mientras que en la conciliación el tercero se limita a aproximar y a acercar las posiciones de las partes, siendo las mismas las que van a dar una solución al conflicto planteado<sup>216</sup>; en la mediación, el tercero propondrá posibles soluciones al conflicto que las partes podrán libremente aceptar o rechazar, pudiendo acudir, en su caso, al arbitraje o a la Jurisdicción. Esto diferencia a la mediación de la conciliación y, a ambos métodos del arbitraje, pues este último es un método heterocompositivo de resolución de conflictos en el que el tercero impone la solución al conflicto y que excluye a la Jurisdicción.

Llegados a este punto, debemos diferenciar los métodos autocompositivos de los heterocompositivos, que se distinguen, además de por sus efectos, por la posición jurídica que ocupa el tercero que interviene en el procedimiento. Siguiendo a Ortells Ramos, ha de señalarse que, en la conciliación, el tercero se coloca *inter-partes*, cumpliendo la función de aproximar a las partes; mientras que, en la mediación, el tercero se coloca *infra-partes*, pudiendo estas rechazar las propuestas realizadas por el mediador. En cambio, tanto en el arbitraje como en la jurisdicción, el tercero interviniente —juez o árbitro— se coloca *supra-partes*, imponiendo a las partes una solución al conflicto que se plantea, en la medida en que ambos ostentan autoridad<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Posteriormente analizaremos los distintos tipos de conciliaciones, haciendo referencia a la posibilidad de someter los conflictos en materia de consumo a la conciliación extrajudicial, esto es, a la conciliación ante el notario o el registrador.

<sup>216</sup> En este sentido, Guasp Delgado, define la conciliación como: “*aquel proceso de cognición, especial por razones jurídico-procesales, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de cognición, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes*” [GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 1187].

<sup>217</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Bonet Navarro, Mascarell Navarro, Cámara Ruiz y otros), “La solución no jurisdiccional de los litigios de derecho privado”, en *Derecho Procesal Civil* (Ortells Ramos dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 63-64.

## 2. LAS RECLAMACIONES SEUDO-ADMINISTRATIVAS

Por expreso mandato constitucional, los derechos e intereses de los consumidores y usuarios han de encontrar protección en vía administrativa por parte de las Administraciones públicas, al margen de la protección civil, e incluso penal, que pudieran encontrar en la vía judicial (art. 51 CE). Protección que encuentra respaldo en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Normas complementarias y en las diferentes leyes de protección de los consumidores y usuarios aprobadas por la totalidad de las comunidades autónomas<sup>218</sup>. Disposiciones estas que han sido dictadas por los diferentes parlamentos autonómicos, en la medida que sus respectivos estatutos de autonomía encomiendan la regulación de la protección de los derechos de los consumidores a la comunidad autónoma<sup>219</sup>. Este conjunto normativo queda además complementado por una serie de disposiciones generales de carácter sectorial (telecomunicaciones y protección de datos, entre otras), que en mayor o menor medida regulan la protección y asesoramiento administrativo de los consumidores en diferentes ámbitos en el que pudieran quedar afectados sus derechos o intereses.

Dejando a un lado el estudio del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración por el incumplimiento de la normativa de consumo, pues será objeto de un estudio pormenorizado en otro apartado de este trabajo de investigación, en las líneas que siguen trataremos de analizar la protección que las distintas administraciones territoriales deben dispensar a los consumidores, al canalizar las quejas o las reclamaciones que aquellos les formulen, al tiempo que analizamos, en su caso, las que se formulen ante determinadas entidades de supervisión.

---

<sup>218</sup> Entre otras, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía [BOE, núm. 14, de 16 de enero de 2004 (modificada por la Ley 16/2006, de 28 de diciembre y por el Real Decreto Ley 2/2021)]; la Ley 16/2006, de 28 de diciembre de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón [BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2007 (modificada por el Real Decreto Ley 14/2014, la Ley 2/2016 y la Ley 4/2019), y así hasta un total de 17 leyes autonómicas de protección de consumidores y usuarios, con sus respectivas modificaciones.

<sup>219</sup> En este sentido, *vid.*, el art. 9.18 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero de Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura (BOE, núm. 25, de 29 de enero de 2011), que considera una competencia exclusiva de la comunidad, la regulación de las medidas de prevención, protección y defensa de los consumidores.

## 2.1. Las oficinas de información y reclamación al servicio de los consumidores

Las oficinas municipales de información y reclamación de los consumidores, conocidas popularmente como “OMIC”, fueron creadas durante los años ochenta, amparadas en la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, que en su artículo 14, 1, letra *a*), tras reconocer que eran oficinas de titularidad pública y carácter municipal, les encomendaba las funciones de información, ayuda y orientación de los consumidores y usuarios para el adecuado ejercicio de sus derechos, atribuyéndoles la función de atención, defensa y protección de los consumidores y usuarios [art. 14.1, letra *d*)]. Función esta, que más tarde también asumiría la Administración Central y las Administraciones autonómicas, surgiendo así la figura jurídica de las quejas y reclamaciones de consumo, que se ha ido perfilando con el paso del tiempo<sup>220</sup>. Tanto es así, que en la actualidad se ha llegado a mantener que aquellas oficinas pueden poseer indistintamente naturaleza pública o privada<sup>221</sup>.

A nuestro entender, la naturaleza pública o privada de estas oficinas dependerá de las funciones públicas o privadas que estas realicen. Puede admitirse que, en la labor de mera información, la administración territorial de la que se trate externalice esta función, no así si realiza una función netamente administrativa, como pueda ser resolver reclamaciones administrativas en el ejercicio de sus funciones.

Distinto a lo anterior es determinar qué naturaleza se puede atribuir a la resolución de la reclamación por las OMIC, o por las distintas Administraciones con competencia en

---

<sup>220</sup> Así, por ejemplo, los arts. 55 y 71 de la Ley 2/2012 de Protección del Consumidor en Galicia, de 28 de marzo de 2012 (BOE, núm. 101, de 27 de abril de 2012), centraliza en la OMIC la recepción de todas las reclamaciones, para su posterior derivación a la administración competente su tramitación. Algo parecido hace el artículo 28 de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2007), que tras establecer la obligación de constituir OMIC en aquellos ayuntamientos con una población superior a los 5.000 habitantes, señala que aquellas registrarán y recepcionarán las reclamaciones.

<sup>221</sup> Entre los estatutos de consumo que les atribuye naturaleza pública puede citarse al de las Islas Baleares [aprobado por la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las *Illes Balears* [(BOE, núm. 202, de 20 de agosto de 2014), *ex art.* 47], el de Andalucía [aprobado por la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (BOE, núm. 14, de 16 de enero de 2004), *ex art.* 20.1] y, más recientemente, el Estatuto de Castilla la Mancha [aprobado por la Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha [(BOE, núm. 110, de 8 de mayo de 2019), *ex art.* 100], en concreto, en esta última, se señala que: “*los recursos públicos de consumo deberán recibir, gestionar y resolver las quejas y las reclamaciones de las personas consumidoras domiciliadas en su demarcación territorial (...)*”. Entre los Estatutos que le atribuye naturaleza privada, se encuentra la Ley 6/2003, de 22 de diciembre del Estatuto de los consumidores del País Vasco [(BOE, núm. 284, de 25 de noviembre de 2011), *ex art.* 19.1].

materia de consumo, esto es, determinar si verdaderamente la resolución que dicte la Administración al resolver la reclamación presentada por el consumidor, constituye o no un acto administrativo, cuestión esta, que esperamos resolver en un ulterior momento, cuando se analice la potestad sancionadora en materia de consumo.

De ahí la importancia de analizar en este momento, qué se entiende por una reclamación administrativa de consumo. En esta labor, por su claridad expositiva nos parece fundamental hacer referencia a lo señalado por el Decreto 472/2019, de 28 de mayo, de la Consejería de Salud y Familia de la Junta de Andalucía, en cuyo artículo 2 se diferencia tres conceptos netamente diferenciados: los conceptos de queja, reclamación y denuncia. Por queja se entiende:

*«La manifestación de desagrado efectuada por una persona consumidora o usuaria, antes, durante o después de consumir un bien o recibir un servicio, que considera insatisfactorio, dirigida hacia la persona física o jurídica, o ente sin personalidad, que lo comercializa o presta, mostrando solo disconformidad, sin efectuar reclamación alguna».*

La reclamación en cambio se define como:

*«La manifestación dirigida, por una persona consumidora o usuaria, antes, durante o después de consumir un bien o recibir un servicio, a la persona física o jurídica, o ente sin personalidad, que lo comercializa o presta, en el que, de forma expresa o tácita, pide una restitución, reparación o indemnización, la rescisión de un contrato, anulación de una deuda, la realización de una prestación a la que cree tener derecho, o cualquier otra pretensión, en relación con la solicitud de prestación de un bien o un servicio que considera insatisfactoriamente atendida».*

Por tanto, es una comunicación que el consumidor dirige a la Administración pública competente cuando le surge un conflicto o desacuerdo con la empresa o profesional que le ha vendido un producto o servicio, poniendo de manifiesto unos hechos y solicitando una solución y/o compensación (mediante las hojas de reclamaciones oficiales correspondientes).

Tanto la queja como la reclamación las efectúan los consumidores y usuarios ante la Administración competente, la diferencia que existen entre estos dos instrumentos es que la reclamación incorpora un *plus* a la queja, la petición de restitución, resarcimiento o indemnización efectuada al empresario con el que ha contratado la compraventa de bienes o servicios. En tanto que la denuncia ni siquiera tiene porqué efectuarse por el consumidor siendo *«el escrito en el que se ponen en conocimiento de la Administración Pública*

*hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción administrativa en materia de consumo».*

Si bien es cierto, como más tarde veremos, que una reclamación puede culminar en la apertura del procedimiento sancionador, pudiendo tener también la consideración de denuncia por parte del consumidor, en el supuesto de que la Administración competente, siempre de oficio, inicie tal procedimiento.

Para concluir con este apartado, ha de tenerse en cuenta dos cuestiones: de un lado, el deber de resolver que afecta a la Administración, consagrado en los distintos estatutos de los consumidores, entre ellos en el Estatuto de Andalucía (art. 18.2)<sup>222</sup>; y, el deber de las empresas y profesionales de disponer de hojas de reclamaciones, bajo pena de sanción administrativa al constituir una infracción administrativa grave. Y ello, a pesar de que la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, eliminó la obligación de disponer de tales hojas de reclamaciones oficiales y establece una serie de informaciones respecto al servicio de reclamaciones que las empresas deben suministrar a los consumidores, porque la mayoría de las comunidades autónomas han mantenido en sus leyes autonómicas su vigencia<sup>223</sup>.

## **2.2. Otras reclamaciones de carácter *seudo-administrativo* ante las entidades de supervisión**

Algunas de las quejas y reclamaciones presentadas por los consumidores pueden ser resueltas por órganos administrativos que resuelven reclamaciones en materia de consumo. Esta atribución de competencias a dichas entidades de naturaleza pública se justifica en la posibilidad que ofrece la Ley 7/2017 de que las entidades de resolución alternativa de conflictos sean de naturaleza privada como, por ejemplo, el Jurado de la Publicidad o, de naturaleza pública como, por ejemplo, las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondo

---

<sup>222</sup> Este precepto indica que: «*Todas las quejas y reclamaciones que se presenten por escrito deberán ser contestadas por las Administraciones competentes y por los sujetos responsables comprendidos en el artículo 17.1 mediante escrito razonado a los interesados*».

<sup>223</sup> Cfr., con lo que sucede en Navarra, en donde se aprobó el Decreto Foral 15/2019, de 6 de marzo, que deroga el Real Decreto Foral 69/1998, de 2 de marzo, por el que se regulan las hojas de reclamaciones de los consumidores y usuarios (BON, núm. 55 de 21 de marzo de 2019).

de Pensiones, la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, las reclamaciones presentadas ante AESA, ante la Agencia Española de Protección de Datos, ante las Direcciones Generales de Energía e Industria o, incluso, ante la Delegación Provincial del Agua.

Aunque muchas de estas reclamaciones se asemejen a procedimientos administrativos porque su tramitación se atribuye a una entidad pública, lo cierto es que realmente no están ejerciendo como órganos administrativos, sino más bien como entidades alternativas de resolución de conflictos en materia de consumo, pues las resoluciones que dictan no son en sentido estricto actos administrativos, sino más bien, resoluciones *seudo-administrativas*, porque el procedimiento se asemeja a un procedimiento administrativo, pero el informe que dicten los servicios financieros, otros órganos u organismos, se asemeja a los efectos de un acta que deriva de un procedimiento de mediación.

En algunos supuestos concretos, el legislador ha optado por atribuir fuerza ejecutiva a la resolución que dicten algunas de estas entidades públicas, cuando actúan como entidad de resolución alternativa de conflictos, atribuyéndoles a estas resoluciones la eficacia de un título ejecutivo conforme al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para concluir, también debemos señalar que, dependiendo de la entidad que lleve a cabo el procedimiento, podrá dictar resoluciones vinculantes o no vinculantes para las partes. *De facto*, lo que sí queda claro es que, estas entidades pueden tener atribuidas otras funciones administrativas, pero en el ámbito extrajudicial en materia de consumo no actúan como tal.

Con todo lo anterior, y siendo conscientes de que gran parte de las entidades de supervisión son de naturaleza pública, pero actúan como entidades de resolución alternativa de conflictos cuando resuelven reclamaciones en materia de consumo, vamos a centrar nuestra atención en las entidades de supervisión a las que hace referencia expresamente la Ley 7/2017, que son: por un lado, las quejas y reclamaciones presentadas en materia financiera ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; y, por otro, las reclamaciones aeroportuarias llevadas a cabo por los pasajeros contra las compañías aéreas a resolver por AESA. Si bien, el estatuto pormenorizado del procedimiento para



resolver las quejas y reclamaciones de los usuarios financieros y aeroportuarios en la regulación vigente, como en la futura regulación, será objeto de estudio en otro apartado de esta investigación<sup>224</sup>

### **2.2.1. Las reclamaciones en materia financiera**

Desde el año 1962, diferentes disposiciones legales han atribuido la facultad de supervisión de las entidades de crédito al Banco de España<sup>225</sup>, creándose en 2014, en el ámbito europeo, un Mecanismo Único de Supervisión<sup>226</sup>.

En virtud de estas funciones, el Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España, asume la función del servicio de reclamaciones<sup>227</sup>, resolviendo aquellas quejas y reclamaciones de los usuarios financieros de las entidades supervisadas por el Banco de España, que tengan por objeto la pretensión de obtener la restitución de sus intereses y derechos legalmente reconocidos, que han sido afectados como consecuencia de presuntos incumplimientos por parte de la entidad reclamada, bien de la normativa de transparencia y protección de la clientela, o bien de las buenas prácticas y usos bancarios.

El Banco de España, a través de este Departamento, en principio, no podrá resolver sobre las reclamaciones relativas a la existencia de una presunta cláusula abusiva, incluida en un contrato financiero, en tanto que tampoco podrá resolver sobre la indemnización económica que, en su caso, pueda corresponderle a aquel por los daños y perjuicios que eventualmente le haya podido ocasionar la entidad crediticia. Pronunciamientos estos cuya competencia corresponde a los jueces civiles.

---

<sup>224</sup> *Vid., infra*, el apartado IV, en el que se estudian los procedimientos extrajudiciales de participación obligatoria.

<sup>225</sup> *Vid.*, por ejemplo, el artículo 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio de Autonomía del Banco de España (BOE, núm. 131, de 02 de junio de 1994).

<sup>226</sup> Mecanismo creado por el Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DOUE, núm. 287, de 29 de octubre de 2013), en relación con la Ley 10/2014, de 24 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE, núm. 156, de 27 de junio de 2014), que atribuye al Banco de España las funciones de supervisión, como el ejercicio de la potestad sancionadora a las entidades de crédito en España, sin perjuicio de las competencias del Banco Europeo (arts. 4, 50.1 y 56).

<sup>227</sup> Por el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Mercado Financiero (BOE, núm. 281, de 23/11/2002).

Asimismo, ha de advertirse, que su actuación concluye con un informe motivado que no tiene carácter vinculante para las partes; de ahí que pueda darse el caso de que la entidad financiera no se acoja al contenido de este, luego no excluye el planteamiento de la controversia en sede judicial.

Habida cuenta de que las partes no están vinculadas al contenido del informe final, hemos de plantearnos si el informe carece de toda utilidad. Pregunta esta que ha sido resuelta por Marín López en sentido negativo, en base a dos motivos:

- En primer lugar, porque muchas entidades cumplen “voluntariamente” el informe cuando así lo señala el informe final que dicta el servicio de reclamaciones. Y ello se debe a que dicha información se incluirá en la Memoria anual del Servicio de Reclamaciones, y les interesa que conste como entidades que cumplen con lo que señala el informe; y,
- En segundo lugar, porque el informe puede servir como un instrumento de ayuda para el juez cuando valora los hechos, pues la realidad demuestra que los informes desfavorables para las entidades de crédito son tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales<sup>228</sup>.

Lamentablemente, a pesar del optimismo manifestado por Marín López, ha de recordarse que no es la primera vez que el gobernador del Banco de España ha pedido a las entidades financieras que acaten las resoluciones del Banco de España relativas a las quejas y reclamaciones de los usuarios financieros, a pesar de lo dispuesto en la ley<sup>229</sup>, dado que cuando los bancos no aceptan el dictamen del supervisor, obligan al cliente a iniciar un camino lento y costoso ante los tribunales.

En lo que respecta a la potestad sancionadora, el Banco de España no solo podrá ejercitarla sobre las entidades de crédito que supervisa, sino que además podrá sancionar a las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa en aquellos

---

<sup>228</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., “Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, 2014, p. 7.

<sup>229</sup> En la memoria de 2020, se señala que más de 1500 dictámenes fueron desatendidos por la banca.

incumplimientos (art. 89.2 LOS). Si bien es cierto, que en contadas ocasiones se concluye con un expediente sancionador<sup>230</sup>.

De ahí que se haya hablado en repetidas ocasiones de la necesidad de crear una Autoridad Administrativa Independiente de Protección del Cliente Financiero, a la que se le atribuiría la competencia para emitir informes vinculantes.

Por lo que se refiere a la supervisión en materia de seguros y fondos de pensiones, en virtud de la función de supervisión que realiza la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, su servicio de reclamaciones asume el conocimiento de las quejas y reclamaciones que presenten los asegurados y partícipes.

Lo mismo podemos decir del servicio de reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que tiene competencia para atender las reclamaciones de los inversores en relación con la actuación de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito —cuando presten servicios de inversión—, y los gestores de fondos y sociedades de inversión.

Reclamaciones estas que, al igual que ocurre con las resoluciones del Banco de España, no concluyen con un informe final de carácter vinculante, por lo que no tienen la consideración de un acto administrativo. Además, el informe de este servicio no puede recoger valoraciones económicas sobre los eventuales daños y perjuicios ocasionados a los usuarios financieros, por lo que entendemos que no constituyen una alternativa real a la vía judicial.

De ahí que la Disposición adicional primera de la Ley 7/2017 haya previsto que en los conflictos que surjan en el sector financiero, una norma con rango de ley deba crear una entidad una entidad especializada en este sector, que deberá ser acreditada por la autoridad competente. De momento, es el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las autoridades que tienen atribuida la competencia para acreditar a sus respectivos servicios de reclamaciones.

---

<sup>230</sup> Entre el año 2016 y 2020, se resolvieron 26 expedientes sancionadores por infracción de las normas de conducta, en contraste con los 1000 requerimientos que no culminaron con sanción por este motivo.

Las resoluciones que dicten la entidad especializada podrán tener o no carácter vinculante. De atribuirle fuerza vinculante a estas resoluciones, las entidades estarán obligadas a acatar su pronunciamiento<sup>231</sup>.

Y todo ello, sin descartar que el resto de entidades acreditadas que den cobertura a todos los sectores en materia de consumo, tienen competencia para resolver las reclamaciones en el sector financiero, sin perjuicio de que en estos supuestos el procedimiento es de aceptación voluntaria para ambas partes.

A tales efectos, la Ley 7/2017 establecía un plazo de 8 meses para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley que regulara el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones. Mandato este que ha sido incumplido<sup>232</sup>.

Habida cuenta de ello, debemos indicar que continúan en vigor los servicios de reclamaciones previstos en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, que debían acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017. Lamentablemente, la adaptación de estos servicios de reclamaciones no se ha producido, pues hemos constatado que no ha mediado modificación alguna de aquellos desde que fuera aprobada esta norma<sup>233</sup>.

### **2.2.2. Las reclamaciones ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea**

La Agencia Estatal de Seguridad Aérea, conocida popularmente con el nombre de “AESA”, es la entidad encargada de la aviación civil en el territorio español, por tanto, a

---

<sup>231</sup> Aunque entendemos justificada la protección del usuario de los servicios financieros, entendemos que esta protección no ha de ser desproporcionada hasta el punto de que el refuerzo positivo de aquellos consumidores pueda llegar a suponer una situación muy gravosa para las entidades financieras [Vid., SÁNCHEZ PÉREZ, L., “La nueva entidad de resolución alternativa en el ámbito financiero”, *op. cit.*, p. 220].

<sup>232</sup> Esperamos que esta entidad sea creada durante el año 2022 o, más probablemente, durante 2023, dado que el Gobierno ha incluido en el Plan de Recuperación y Resiliencia, de 29 de julio de 2021, que ha remitido a la Comisión su intención de someter este proyecto de ley a consulta pública.

<sup>233</sup> El procedimiento se regula en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre (BOE, núm. 281 de 2012), concretado en la Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores (BOE, núm. 262, de 1 de noviembre de 2013).

ella se le ha encomendado la función de resolver las reclamaciones extrajudiciales que presenten los pasajeros en materia aeroportuaria frente a las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios.

En cuanto a su naturaleza jurídica, ha de señalarse que, el artículo 1 del Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea<sup>234</sup> indica que es un organismo público de los regulados en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos<sup>235</sup>. Ley esta última, que fue derogada con plenos efectos desde el 2 de octubre de 2016, por la letra e) de la Disposición derogatoria única de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>236</sup>.

Al margen de la atribución de competencias administrativas encomendadas a AESA para iniciar un procedimiento sancionador por las infracciones tipificadas en la Ley 21/2003, de 21 de julio de Seguridad Aérea<sup>237</sup>, que le corresponderá siempre de oficio o por acuerdo del director de la Agencia, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de la orden de un superior, o por petición razonada de otros órganos o por denuncia (*ex art. 10 EAESA*). Ha de señalarse, que AESA tiene atribuidas las funciones que les corresponden a las entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Ello le permite resolver las quejas y reclamaciones que formulen los pasajeros frente a las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios.

De ahí que AESA haya venido desarrollando dos tipos de funciones en atención a la cualidad con la que intervenga en el procedimiento:

- De un lado, puede intervenir en calidad de entidad de supervisión del transporte aéreo, ejerciendo funciones públicas a través del ejercicio de la potestad sancionadora que tiene encomendado; y,
- De otro, puede realizar funciones *seudo-administrativas*, cuando resuelve las quejas y reclamaciones de los usuarios aeroportuarios.

---

<sup>234</sup> BOE, núm. 39, de 14 de febrero de 2008.

<sup>235</sup> BOE, núm. 171, de 19 de julio de 2006.

<sup>236</sup> BOE, núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

<sup>237</sup> Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea, para la protección de los derechos de los usuarios del transporte aéreo (BOE, núm. 162, de 8 de julio de 2003).

Así pues, AESA, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2017, ya venía ejerciendo una labor similar a la que realiza cualquier mediador. Sin embargo, es a partir de la entrada en vigor de esta ley, cuando se potencia la solución extrajudicial de AESA, previendo su acreditación preceptiva, así como una modificación del procedimiento que se inicia a instancia del pasajero.

Por expreso mandato de la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, se elaboró un proyecto de Orden Ministerial, que hacía mayor hincapié en la naturaleza administrativa del procedimiento. Naturaleza esta que se diluye con la modificación de la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

Esta norma no solo modifica el titular de la cartera al que corresponderá la regulación del futuro procedimiento para atribuirlo al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, sino que también, debido a la avalancha de reclamaciones que se preveían que entrasen en los juzgados civiles a consecuencia de la cancelación masiva de vuelos, otorga fuerza ejecutiva a las resoluciones dictadas por AESA; al tiempo que deja entrever que el futuro procedimiento extrajudicial no tendrá naturaleza administrativa, habida cuenta de que la decisión que adopte el director de AESA, si es que es ella la única entidad acreditada, podrá ser impugnada por la compañía aérea ante el juzgado de lo mercantil competente, cuando considere que la resolución no es conforme a Derecho.

Y ello, teniendo en cuenta que la decisión de la entidad especializada a la que la compañía aérea se ha visto sometida por ley, no será vinculante para el pasajero, ni, en su caso, para el gestor aeroportuario, en tanto que sí es vinculante para la compañía.

La impugnación que pueda llevarse a cabo por la compañía aérea deberá ejercitarse en el plazo de los dos meses siguientes a su notificación o, desde la expiración del plazo de 10 días desde que esta se llevó a cabo sin que se notifique respuesta expresa, sin perjuicio de las acciones civiles que eventualmente el pasajero pueda dirigir contra la compañía aérea.

En cualquier caso, la impugnación de la decisión de AESA deberá tramitarse por los cauces del juicio verbal, sin que el pasajero tenga que comparecer en el proceso judicial, entendiéndose en tal caso que se remite a la decisión de la entidad especializada.

Previsión esta que a nuestro juicio es cuestionable, habida cuenta de que, si se estimara la impugnación, puede vulnerar el derecho de audiencia de los pasajeros, al afectarles cuanto menos, en atención a la eficacia de cosa juzgada en su función positiva o prejudicial.

Por otra parte, dejando momentáneamente apartada la función pública que lleva a cabo AESA como órgano administrativo encargado del ejercicio de la potestad sancionadora frente a las compañías aéreas, por las infracciones cometidas en el sector del transporte aéreo. Ha de señalarse que AESA es la entidad especializada más adecuada para resolver los conflictos que se inicien por los pasajeros, frente a las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios. Sin embargo, como indicamos en líneas anteriores, en esta función de entidad acreditada, no realiza una función netamente pública, sino de naturaleza mixta.

Si bien, cuando realiza la función de entidad mixta, a caballo entre lo público y privado, resuelve las reclamaciones con efectos distintos para las partes del procedimiento. De ahí, nuestra afirmación de que para los pasajeros y los gestores aeroportuarios ejerza claramente una función similar a la que realiza cualquier mediador, dado que para ellos el procedimiento es de participación voluntaria y resultado no vinculante.

En cambio, para las compañías aéreas, AESA no actúa llevando a cabo una función similar a la de un mediador, dado que, sin emitir estrictamente un acto administrativo, aquellas van a verse sometidas a su procedimiento de resolución de quejas y reclamaciones por la simple voluntad del pasajero, del mismo modo que otro empresario puede verse sometido a un procedimiento administrativo ante la autoridad de consumo competente, sin perjuicio de que la resolución que dicte el director de la entidad, además de ser vinculante es directamente ejecutiva.

Y ello, porque la decisión debidamente certificada por AESA, tendrá la consideración de un título ejecutivo extrajudicial, por la vía del artículo 519.2, apartado 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El agotamiento de la vía extrajudicial no impide que las partes acudan a un proceso judicial con todas las garantías, dado que la compañía aérea está legitimada para impugnar

la resolución ante el orden jurisdiccional civil, correspondiéndole el conocimiento de esta pretensión al juzgado de lo mercantil territorialmente competente<sup>238</sup>. Ello nos lleva a reforzar aún más la afirmación de que en su actuación como entidad de resolución alternativa no ejerce funciones administrativas en sentido estricto, siendo esta la causa por la que la impugnación no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Todas estas pinceladas, nos llevan a pensar que unos mismos hechos puedan dar lugar a dos posibles demandas ante dos órdenes jurisdiccionales distintos:

- Una ante el orden jurisdiccional civil, para las demandas de los pasajeros que no estén de acuerdo con la resolución de AESA, o bien porque aquellos no acudan a los cauces extrajudiciales, o para la impugnación de las resoluciones por parte de las compañías aéreas ante el juzgado de lo mercantil competente, cuando no estén de acuerdo con lo que resuelva la entidad en el procedimiento extrajudicial; y,
- Dos, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativa, que le corresponderá conocer, en su caso, del recurso contencioso administrativo frente al acto administrativo sancionador por el incumplimiento reiterado de la normativa del transporte aéreo (*ex art. 9.4 LOPJ en relación con el art. 1 LJCA*).

La posibilidad de que ambos órganos se pronuncien sobre unos mismos hechos puede dar lugar a la existencia de sentencias contradictorias, por ejemplo, que el juzgado de lo mercantil estime la impugnación por parte de la compañía, y en vía contenciosa-administrativa, se resuelva que la compañía no ha infringido la normativa tipificada en materia aeroportuaria, entre otros supuestos que puedan darse.

Como epílogo de este apartado, y expuestas las notas más complejas de la solución extrajudicial en el transporte aéreo, de momento, concluimos que las quejas y reclamaciones frente a las compañías aéreas y entidades de gestión aeroportuarias tienen naturaleza *sui generis*. Sea cual sea su naturaleza, nos reservamos para un momento posterior, el estudio pormenorizado del procedimiento extrajudicial.

---

<sup>238</sup> En virtud de la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, modificada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.



## II. FÓRMULAS AUTOCOMPOSITIVAS

En atención a las dos grandes clasificaciones a las que hace referencia la Ley 7/2017, analizaremos pormenorizadamente las principales fórmulas de resolución de conflictos que existen, comenzando por aquellas que presentan un resultado no vinculante para el consumidor, advirtiendo de antemano que entre ellas predomina la autocomposición, salvando algún supuesto heterocompositivo. En este aspecto, debemos recordar al lector que basta con que el procedimiento sea vinculante para una de las partes, para que sea calificado como vinculante, ello sucede, por ejemplo, con las resoluciones dictadas por el Jurado de la Publicidad.

También analizaremos si son métodos obligatorios para las partes, debiendo avanzar que se da la paradoja de que siempre que tienen esta consideración, únicamente es obligatorio para una de las partes de la relación de consumo, el empresario, profesional o comerciante, pero no para el consumidor que, en principio, será libre de presentar la demanda directamente en sede judicial. Sin perjuicio de la posible imposición de las costas del proceso (de modificarse nuestro presente régimen de condena en costas) y de que se apruebe el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, que pretende convertir en requisito de admisión a trámite de la demanda, la aportación de un documento que acredite el intento de una actividad negocial previa.

Y ello es así, en aras a la protección del consumidor, parte más débil de la relación de consumo, en tanto que el empresario, parte fuerte, puede estar obligado por ley o por su adhesión previa a aceptar la participación en un método de resolución extrajudicial de conflictos. Si bien, somos plenamente conscientes de los intentos por parte del legislador nacional de establecer como obligatorios para ambas partes algunos de los métodos que vamos a examinar, a modo de lo que hemos señalado que ocurre en el ordenamiento italiano con la mediación, siendo esta una opción de política legislativa que no contraviene el tenor literal de la Directiva europea, siempre y cuando la obligatoriedad de acudir a estos métodos no enerve el acceso a la vía judicial en el caso de no llegarse a un acuerdo o solución satisfactoria para ambas partes.

## **1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA**

Si bien, la Ley 7/2017 ha optado por incluir dentro de su ámbito de aplicación a los códigos de conducta, hemos de señalar que la regulación de los procedimientos para poner fin a los conflictos que estos generen es nula o inexistente, y las pocas señales que nos da sobre ellos tampoco son muy esclarecedoras. No obstante, el legislador español ha entendido que, de no ser incluidos, quedarían huérfanos de regulación, lo cual impediría, dado el caso, la acreditación de los órganos llamados a resolver los conflictos generados por su incumplimiento; y, por ende, la posible notificación de su acreditación a la Comisión Europea.

En este sentido, se pudiera pensar que el legislador español ha ido más allá de la regulación europea, al hacer uso de la potestad que tiene para ampliar el ámbito material de aplicación de la Directiva 2013/11/UE, al trasponerla a nuestro ordenamiento.

De ahí, que hayamos entendido necesario estudiar qué es un código de conducta, y qué tipo de conflictos pueden ser resueltos por los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. En definitiva, hemos tenido que analizar la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art. 37.4) que introduce en España estos códigos de conducta en un ámbito muy específico, la competencia desleal y la publicidad.

### **1.1. Concepto**

Los códigos de conducta surgen cuando en determinados sectores productivos y del mercado se plantea la necesidad de regular determinados mecanismos preventivos de autocontrol, mecanismos que se basan en sistemas de autorregulación y que vienen siendo conocidos por la doctrina indistintamente, como códigos de conducta o códigos de buenas prácticas.

Los códigos de conducta, en realidad, son documentos o textos paralegales que contienen una serie de principios, reglas o conductas, que tienen carácter voluntario y aunque no están previstos en normas jurídicas, son fundamentales para el buen funcionamiento del sector en el que se desarrollen. Dado que, en principio, no constituyen un documento de obligado cumplimiento, su aceptación y consecuente vinculación queda

sometido a la discreción de la empresa incluida en el sector en el que se desarrollen<sup>239</sup>. Si bien, una vez que las empresas de un determinado sector se adhieran a un código, como es, por ejemplo, el código de conducta publicitario, estarán obligadas a aplicarlo y, por ende, a cumplirlo, siendo vinculante para el empresario que voluntariamente se haya adherido a él<sup>240</sup>.

Siguiendo a Maluquer de Motes, los códigos de conducta son normas equiparables a la costumbre<sup>241</sup>; y ello, porque se crean por un determinado sector empresarial, por asociaciones de las empresas o por un sector empresarial concreto. Al tiempo, constituyen una norma originaria, porque suponen la exteriorización del principio de autonomía de la voluntad por parte de sus propios creadores, pues ellos mismos deciden libremente quedar sometidos al código de conducta<sup>242</sup>; de suerte que la adhesión del empresario a un código de conducta implica no solo la asunción de responsabilidad y autocontrol, sino también el cumplimiento de los principios y normas deontológicas recogidos en él, pudiendo ser sometidos en caso de incumplimiento al órgano de control del código de conducta.

Por otra parte, ha de señalarse que los códigos de conducta presentan ciertas peculiaridades para las partes en caso de incumplimiento del código, ya que los efectos se proyectan de forma distinta para el consumidor que para el empresario. Puede afirmarse, con carácter general, que predominan las fórmulas autocompositivas de

---

<sup>239</sup> Cfr., BLANCO GARCÍA, A.I., *Conflictos bancarios: su tutela extrajurisdiccional*, op. cit., p. 345.

<sup>240</sup> Los códigos de conducta también pueden ser elaborados por las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales profesionales y de consumidores para que sean acogidos de forma voluntaria por los empresarios y profesionales de un determinado sector.

<sup>241</sup> El Código Civil indica que: «*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*» (art. 1.3 sic).

<sup>242</sup> Vid., MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Los códigos de conducta como fuente del Derecho”, en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 372. Ha de señalarse, que las propias entidades de resolución alternativa deberán promover la elaboración o adhesión a los códigos de conducta aplicables a los sujetos que intervengan en la resolución del conflicto (art. 39 LRACMC).

A nivel europeo existen algunas referencias a los códigos de conducta. Buena muestra de ello es el Código de Conducta Europeo para mediadores, cuyo contenido no es de obligado cumplimiento, pero es posible aplicarlo a todos los ámbitos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, incluida la mediación en materia de consumo. Puede consultarse el código de conducta para mediadores en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf) (consulta: 5 de marzo de 2018). También consideramos importante hacer referencia a la Decisión núm. 1 del Comité de Servicios de Inversión, de 29 de enero de 2021, por la que se adopta un código de conducta para los mediadores, para los miembros del tribunal y para los miembros del Tribunal de Apelación (DOUE, núm. 59/36, de 19 de febrero de 2021). Puede consultarse en: <https://www.boe.es/doue/2021/059/L00036-00040.pdf> (consulta: 27 de enero de 2021).

resolución de conflictos, sin perjuicio, de que, en algún caso aislado, puedan predominar las fórmulas heterocompositivas, como es el arbitraje, si así lo decidan las partes.

Y ello, si nos atenemos a la división clásica de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. Si atenemos a la división realizada por la Ley 7/2017, debemos indicar que en caso de incumplimiento del código de conducta podrá acudir a la solución extrajudicial ofrecida, por ejemplo, por el Jurado de la Publicidad. Y de acudir a este Jurado, no se impide el acceso a la vía judicial, porque la eventual reclamación que resuelva el Jurado de la Publicidad no vincula en ningún caso al consumidor, que puede reiterar en vía judicial civil su pretensión.

Para el empresario, en cambio, en principio, es un método no obligatorio y no vinculante, pero si se adhiere —en cualquiera de sus formas— al código de conducta publicitario u otro código, se convierte para él en un mecanismo de participación obligatoria y vinculante, pues la resolución que dicte el Jurado de la Publicidad, o el órgano encargado de la solución extrajudicial, vinculará al empresario infractor.

## **1.2. Marco normativo nacional y supranacional**

Ha de comenzarse haciendo referencia a que el órgano encargado del control del código de conducta deberá cumplir los mismos requisitos que cualquier otra entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo; de ahí, que el Jurado de la Publicidad esté sujeto a los principios de independencia e imparcialidad y a todos los principios a los que hemos hecho referencia anteriormente.

Pese a la falta de regulación de los códigos de conducta en la Directiva 2013/11/UE, por expreso mandato de la Ley 7/2017, en España será viable someter al Jurado de la publicidad, aquellas reclamaciones de carácter transfronterizo que presenten los consumidores frente a los empresarios que incumplan alguno de los compromisos adquiridos por su adhesión al código de conducta publicitaria.

Ello no quiere decir que otras directivas no regulen la protección de los consumidores frente al incumplimiento de los códigos de conducta, por ser constitutivo de competencia

desleal<sup>243</sup>. Buena prueba de ello es, entre otras, la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior<sup>244</sup>.

Esta Directiva permite que los Estados miembros controlen las prácticas comerciales desleales y engañosas a través de los organismos responsables del código, siempre y cuando la tramitación del procedimiento extrajudicial no implique la renuncia a la vía administrativa o la vía judicial (*ex art.* 10). De esta forma, el artículo 10 de la Directiva cumple con las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, relativas a la resolución de conflictos en materia de autorregulación publicitaria, que fue traspuesta al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre<sup>245</sup> 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<sup>246</sup>.

A parte de la resolución de los conflictos generados por la autorregulación publicitaria, la Directiva 2005/29/CE establece la obligación de los Estados miembros de velar por la existencia de métodos adecuados y eficaces para eliminar las prácticas comerciales desleales, con el propósito de proteger los intereses de los consumidores. De este modo, sanciona la obligación de establecer normas que regulen a las personas u organizaciones encargadas de combatir las prácticas comerciales desleales, dejando libertad a los Estados miembros acerca de la autoridad competente ante la cual someter las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (art.11).

---

<sup>243</sup> *Vid.* la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE, núm. 178, de 17 de julio de 2000), que hace alusión a la posibilidad de someter a un órgano extrajudicial de resolución de conflictos la reclamación presentada por un consumidor frente a un comerciante por el incumplimiento de un código de conducta a través de medios electrónicos.

<sup>244</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE, núm. 149, de 11 de junio de 2005).

<sup>245</sup> BOE, núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

<sup>246</sup> Si bien, Massaguer Fuentes indica que esta Ley persigue un propósito distinto [cfr., MASSAGUER FUENTES, J., “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2011, p. 30. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/823\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/823_es.pdf) (consulta: 14 de marzo de 2019)].

A tales efectos, los Estados miembros podrán optar en sus normas de transposición por tres alternativas distintas para resolver los conflictos que deriven del incumplimiento del empresario de un código de conducta: permitir que la reclamación se tramite tanto en vía administrativa como en vía judicial; permitir que la reclamación se tramite solo en vía judicial; o, permitir el acceso a los sistemas de autocontrol, en cuyo caso, será competente para resolver la reclamación el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL.

Por otra parte, la Directiva permite que los legisladores nacionales incluyan en sus respectivas normas de transposición, la posibilidad de que el tribunal u órgano administrativo exija el intento previo de acudir a otras vías de solución de conflictos (*ex art. 11*), sin especificar, como suele ser característico de las Directivas, qué otras vías se pueden exigir con carácter previo por el tribunal u órgano administrativo. A nuestro parecer, se puede entender que se trata de los mecanismos de autocontrol o mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos adoptados por los distintos Estados miembros. No podemos olvidar que el objetivo de los códigos de conducta es, entre otros, evitar la intervención judicial, pero transmitiendo las mismas garantías de confianza y seguridad a los consumidores, o en su caso, competidores, que pueda ofrecer aquella<sup>247</sup>.

Otra norma europea que hace referencia a los códigos de conducta, es la Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>248</sup>, que hace referencia a la posibilidad de que los Estados miembros fomenten el recurso a otros “organismos autónomos”, que se encargaran de la lucha contra la publicidad engañosa, permitiendo la vía extrajudicial de resolución de conflictos como alternativa a la vía administrativa o judicial (arts. 5 y 6). Y es que, ha de precisarse, que el recurso a otros “organismos” va referido al control que puede realizar el Jurado de la Publicidad, órgano encargado de la resolución extrajudicial de conflictos en materia publicitaria en España.

---

<sup>247</sup> La importancia de los códigos de conducta no reside exclusivamente en la asunción o incorporación como cláusula contractual en los contratos que realicen el comerciante con el consumidor, sino en la obligatoriedad que tienen para la empresa que lo ha asumido voluntariamente. La seguridad y confianza que se otorga a los consumidores reside en la fuerza coactiva que poseen para las empresas adheridas al código de conducta en cuestión. Cfr., MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Los códigos de conducta como fuente del Derecho”, *op. cit.*, p. 371.

<sup>248</sup> DOUE, núm. 376, de 27 de diciembre de 2006.

Vistos los códigos de conducta que pueden disciplinar las relaciones de los empresarios de un sector determinado o de estos con sus consumidores, estamos en predisposición de hacer alusión a otros códigos de conducta, los “códigos de conducta internos”, entendiéndolo por tal, a los instrumentos que contienen las reglas o criterios creados internamente por las propias empresas con el fin de velar por un comportamiento diligente, ético y responsable en el ejercicio de la profesión, ofreciendo mejores servicios de calidad a los clientes de la misma<sup>249</sup>.

Entre otros códigos de conducta internos, cabe citar, por ejemplo, el Código de Conducta y Prácticas Responsables del Grupo Inditex, o también los códigos de conducta que elabora internamente cada entidad de crédito como son, por ejemplo, el Código de Conducta de BBVA o el del Grupo Cooperativo Cajamar, entre otros. Si bien, todos ellos comparten principios comunes para todas las entidades financieras<sup>250</sup>.

### **1.3. Los códigos de conducta en la Ley de Competencia Desleal**

Si algo podemos decir de la reforma llevada a cabo 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, es que ha tenido gran trascendencia en la necesidad de acudir a mecanismos extrajudiciales, pues no solo fomenta la elaboración de códigos de conducta por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, sino que los sistemas de autorregulación deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones, sin que en ningún caso el recurso a los órganos de control de los códigos suponga la renuncia de acciones judiciales (art. 32 LCD).

---

<sup>249</sup> MORENO CORDERO, G., “La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación en el ámbito de consumo en el ordenamiento español”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2009, 2009, p. 313.

<sup>250</sup> Puede consultarse el Código de Conducta de Inditex en: <https://www.inditex.com/documents/10279/241584/C%C3%B3digo+de+Conducta+y+Pr%C3%A1ctica+responsables/c74a0a88-e824-4e18-97fd-06fd2753570c> (consulta: 8 de julio de 2018); el Código de Conducta de la entidad financiera BBVA en: <https://www.bbvacib.com/documents/10524/0/C%C3%B3digo+de+conducta+BBVA+espa%C3%B1ol/bf41409-c622-46a9-94d2-1d140911b542> (consulta: 8 de julio de 2018); y, el Código de Conducta del Grupo Cooperativo Cajamar en: <https://www.grupocooperativocajamar.es/recursos-entidades/es/pdf/informacioncorporativa/responsabilidad-social-corporativa/codigo-conducta.pdf> (consulta: 25 de febrero de 2017).

Culminando el camino iniciado por la Ley de Competencia Desleal, con lo señalado en la Ley 7/2017, que dejó abierta la puerta a la acreditación como entidad de resolución alternativa al Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL, que no solo resolverá las reclamaciones presentadas por los competidores de las empresa reclamada, o por asociaciones y corporaciones, sino que también resolverá las reclamaciones que los consumidores individuales decidan someter por el incumplimiento del código de conducta publicitario.

### **1.3.1. La obligación de la reclamación previa al ejercicio de acciones**

El punto de partida para establecer qué supone la adhesión a los códigos de conducta en materia publicitaria es determinar: de un lado, qué se considera una “práctica comercial desleal”; y, de otro, qué acciones cabe deducir frente al incumplimiento de un código de conducta.

En primer lugar, se considera “práctica comercial desleal” el supuesto en el que un empresario, profesional o comerciante vinculado a un código de conducta, incumpla uno de los compromisos adquiridos por su adhesión al código. Compromisos, que deberán adquirirse con firmeza y con la posibilidad de ser verificados. Además, la conducta ilícita del empresario deberá distorsionar significativamente el comportamiento económico de sus destinatarios (*ex art. 5.2 LCD*), quedando fuera del ámbito material del código, las prácticas desleales que no comporten un daño económico o, al menos, las que no comporten un daño económico significativo.

Por otra parte, la Ley 3/1991 contempla la posibilidad de ejercitar varios tipos de acciones contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita: la acción declarativa de competencia deslealtad, la acción de cesación, la acción de prohibición, la acción de remoción, la acción de rectificación, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios y la acción de enriquecimiento injusto (art. 32). Acciones estas que el consumidor individual podrá ejercitar ante los órganos judiciales civiles o ante el órgano de control del código.

Si bien es cierto que, para el ejercicio de algunas de estas acciones, el legislador español establece la exigencia de acudir previamente al órgano de control del código en



materia publicitaria, el Jurado de la Publicidad. Este requisito procedimental se exige para las acciones de cesación o de prohibición, que se fundamenten en conductas engañosas, falsas o incorrectas (*ex art. 32.1, aps. 2.ª y 4.º LCD*); y ello, siempre y cuando el empresario se encuentre adherido de forma pública al órgano de control del código de conducta (*ex art. 39*).

Quedan exentas de la obligación de acudir con carácter previo al órgano de control, la acción declarativa de competencia desleal, la acción de remoción, la acción de resarcimiento (*art. 32.1, ap. 4.ª*), la acción de enriquecimiento injusto (*art. 32.1, aps. 1.ª, 3.ª, 5.ª y 6.ª*), así como todas las acciones que no queden comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 5.2. de la Ley de Competencia Desleal, es decir, las que no se encuentren incluidas en el concepto de “acto engañoso constitutivos de competencia desleal” o cualquier tipo de acción, si el empresario no se encuentra adherido al código.

Así pues, el alcance objetivo de la obligación de acudir al órgano de control antes de la interposición de una demanda, parece que se prevé cuando se cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, que el empresario se encuentre vinculado al código de conducta por su adhesión a través de un compromiso firme; en segundo lugar, que se trate de una práctica de competencia desleal o de publicidad engañosa que distorsione significativamente el comportamiento económico de sus destinatarios; y, en tercer lugar, que se trate de una acción de cesación, de prohibición o de rectificación. Para el resto de los supuestos en los que no se cumpla uno de estos requisitos, el reclamante no estará obligado a acudir al órgano de control o, al menos, este no podrá ser motivo de inadmisión a trámite de la demanda .

### **1.3.2. La confluencia con un procedimiento administrativo sancionador**

Visto con carácter general qué es un código de conducta, el órgano extrajudicial llamado a resolver los conflictos generados por su incumplimiento, y si se ha de acudir a tal órgano antes del ejercicio de acciones en vía judicial o administrativa, estamos en predisposición de precisar qué ocurre cuando el incumplimiento del código confluye con un procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia desleal.

Como punto de partida se ha de determinar qué actos de competencia desleal en materia publicitaria pueden ser sancionables por la Administración. Para ello, debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 3/1991, debiendo entender que son sancionables:

- Aquellas conductas o comportamientos contrarios a las exigencias de la buena fe, entendiendo por tal, el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida esta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar conforme a las prácticas honestas del mercado. Por lo tanto, son sancionables, aquellas actitudes de los empresarios que distorsionen o puedan distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio (art. 4);
- Las actitudes constitutivas de actos de engaño, entendiendo por tal, cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los consumidores alterando su comportamiento económico (art. 5);
- Las omisiones engañosas, es decir, la omisión u ocultación de la información necesaria para que el consumidor adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con conocimiento de causa, o la información que se ofrezca de forma poco clara, ininteligible, ambigua, o que no se ofrece en el momento adecuado (art 7); y,
- Finalmente, serán sancionables las prácticas agresivas, a tales efectos se considerará agresivo, todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor en relación con el bien o servicio ofrecido y, por consiguiente, que afecte o pueda afectar a su comportamiento económico (art. 8)<sup>251</sup>.

Que la regulación de las prácticas comerciales desleales con los consumidores se encuentre contenida en dos normas que regulan cuestiones distintas, como son: la Ley de

---

<sup>251</sup> Serán consideradas también prácticas comerciales desleales con los consumidores, las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, las prácticas de venta piramidal, las prácticas engañosas por confusión y, las prácticas comerciales encubiertas, entre otras (*ex art. 19.2*).

competencia desleal y la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, significa que las conductas infractoras van a tener consecuencias desde un doble punto de vista: desde un punto de vista mercantil con consecuencia para la empresa, pero también desde el punto de vista de protección administrativa o judicial de los derechos de los consumidores y usuarios. De ello deriva, que puedan constituir ilícitos sujetos a la potestad sancionadora de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia, pero también de las autoridades administrativas con competencia en materia de consumo. Del mismo modo, que puede constituir ilícitos civiles de competencia desleal sujetos a la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil [art. 86 *ter* 2, a) LOPJ], al tiempo que puede dar lugar a una reclamación individual por parte del consumidor, a ejercitar en vía judicial civil, ante el juzgado de primera instancia (art. 85 LOPJ) o colectiva, a ejercitar ante el juzgado de lo mercantil [art. 86 *ter* 2, d) LOPJ], o, en su caso, una reclamación administrativa.

En cuanto a la autoridad administrativa de consumo competente para sancionar, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no es del todo clara, aunque puede deducirse que la competencia le corresponderá a la autoridad autonómica, por aplicación del artículo 47.3, debiendo comprobarse si la normativa autonómica tipifica en sus leyes de consumo estas conductas, al objeto de constatar que se cumplen los requisitos para que actúe la potestad sancionadora (a saber, los principios de legalidad y tipicidad).

Ello nos lleva a la tesitura de determinar si el órgano administrativo puede sancionar el incumplimiento de un código de conducta en materia publicitaria, a nuestro entender si sería posible. Clarificadora es, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que resuelve el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 23 de mayo de 2011, adoptada por el secretario general en el ejercicio de facultades delegadas por el *Conselleiro de Economía e Industria de la Xunta de Galicia*, y por la que se le impone una sanción de 60.000 euros a la empresa “Bodegas Marques de Vizhoja, S.A.” por una infracción de publicidad desleal por engañosa.

La citada sentencia califica como “publicidad engañosa” por parte de dicha entidad empresarial, la emisión de un "spot" publicitario, estableciendo que:

*«(...) no sólo integra aquel tipo sancionatorio, previamente configurado por la redacción aplicable al caso del art. 49.1 l) del Real Decreto-Legislativo núm. 1/07*

de 16 de Noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), aprobatorio del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, al reseñar que -entre otras-, “son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios... el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios”, sino que se ha de valorar además si también concurre “ex-novo” alguna circunstancia agravatoria en cuanto a que el art. 50.1 de igual norma legal prevé asimismo que “las infracciones podrán calificarse por las Administraciones públicas competentes como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia»<sup>252</sup>.

#### **1.4. AUTOCONTROL: órgano de control de cumplimiento de las prácticas comerciales desleales y de la publicidad**

La Ley de Competencia Desleal fomenta y reconoce la importancia de los códigos de conducta y los sistemas de autocontrol previos de las empresas (*Copy Advice*)<sup>253</sup>, así como la labor del Jurado de la Publicidad como órgano de solución extrajudicial de conflictos en esta materia (art. 37.4).

---

<sup>252</sup> STSJ de Galicia (Sección 2ª), núm. 963/2013 de 23 diciembre. (JUR 2014/28740). En el mismo sentido, en el seno de un procedimiento sancionador interpuesto por la autoridad administrativa competente se ha pronunciado la STSJ de Galicia (Sección 1ª), núm. 484/2014, de 16 julio (JUR 2014/216746), que reduce la sanción interpuesta por el *Secretario Xeral de la Consellería de Economía e Industria*, por delegación del *Conselleiro*, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 49.1, letra d) y 51, letra c), de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con el artículo 3.1, apartado 4º del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (BOE, núm. 168, de 15 de julio de 1983). En el mismo sentido, la SAN (Sección 1ª), de 2 de octubre de 2018 (ROJ: 3715/2018), que resuelve el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de junio de 2016, «por la que se le declara responsable de una infracción administrativa continuada de carácter grave, por haber emitido en su Canal+ Liga, seis comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados fuera del horario comprendido entre las 20.30 h y 6 h, los días 25 de octubre y 1 de noviembre de 2015 (tres emisiones cada día), lo que constituye una vulneración del art. 18.3, d), tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), y se le impone una sanción de doscientos doce mil trescientos euros (212.300 €)».

Los criterios que establece la sentencia para la graduación de la sanción son: «a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida; b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores; c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona; d) La repercusión social de las infracciones; e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción». En la misma línea, las SSAN (Sección 1ª), de 9 de octubre de 2018 (ROJ: 5016/2018), de 10 de octubre de 2018 (ROJ: 3958/2018) y, la SAN (Sección 6ª), de 24 de julio de 2019 (núm. de recurso: 246/2015), que confirma una sanción impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de los Mercados y la Competencia a una operadora de televisión que declaraba que se había llevado a cabo publicidad encubierta de una marca de productos eróticos en una serie televisiva.

<sup>253</sup> El *Copy Advice* es un mecanismo de asesoramiento previo que ayuda a las empresas del sector al cumplimiento de la normativa publicitaria con la finalidad de que no incurran en infracciones que pueden acarrear sanciones o mala reputación empresarial.

AUTOCONTROL es precisamente el organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España, constituido en 1995, como una asociación de naturaleza privada, sin ánimo de lucro, y que está compuesto por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales, cuya finalidad es la de velar por una publicidad responsable, veraz, legal, honesta y leal<sup>254</sup>.

Aunque AUTOCONTROL es una asociación española que extiende su ámbito de gestión de la autorregulación de la publicidad comercial al plano nacional, también extiende su ámbito de aplicación a los conflictos transfronterizos que surjan dentro de la Unión Europea<sup>255</sup>, pero también extiende su competencia a los conflictos que surjan más allá de la Unión Europea, pues esta asociación es, a su vez, miembro de *The European Advertising Standards* (EASA) y de la *The international Concil for Advertising Self-Regulation* (ICAS)<sup>256</sup>.

Dicho esto, podemos concluir que la principal función de AUTOCONTROL es gestionar los sistemas de autorregulación publicitaria en España, así como servir de soporte al órgano de resolución de reclamaciones, siendo la entidad responsable de la que

---

<sup>254</sup> La autorregulación es, precisamente, el compromiso de responsabilidad social asumido por la industria publicitaria, que se traduce en el cumplimiento de los principios y reglas deontológicas recogidas en los códigos de conducta.

La autorregulación y los códigos de conducta publicitaria suponen un beneficio para los consumidores, sino para las empresas y para las Administraciones Públicas: suponen un beneficio para los consumidores, porque la autorregulación implica la asunción de un régimen publicitario responsable, ya que pretende evitar el incumplimiento de los códigos deontológicos, al tiempo que se les ofrece un sistema extrajudicial de resolución de reclamaciones, rápido, sencillo y a coste cero; suponen un beneficio para las empresas, porque provocan una mejora en la confianza de los consumidores en la publicidad empresarial, y, además, permiten que las mismas cuenten con herramientas de asesoramiento en materia publicitaria como, por ejemplo, el *Copy Advice*, al que hemos hecho referencia; y, suponen un beneficio para las Administraciones públicas, porque la autorregulación y la adhesión del empresario a los códigos de conducta suponen el sometimiento a un órgano extrajudicial de resolución de conflictos (Jurado de la Publicidad), que se establece como un mecanismo complementario a la vía administrativa o judicial.

<sup>255</sup> Ello permite que los consumidores de la Unión Europea puedan someter la solución de un conflicto transfronterizo o internacional en materia publicitaria al control del Jurado de la Publicidad y, a la inversa, que la publicidad emitida por un empresario español en otro Estado de la Unión Europea pueda presentar la reclamación ante un órgano análogo al Jurado de la Publicidad, en ese u otro Estado miembro. Por tanto, a través de AUTOCONTROL se gestionan las reclamaciones publicitarias difundidas en España, por empresarios situados en otros Estados miembros de la Unión Europea, correspondiendo a AUTOCONTROL dar traslado al órgano competente para la resolución del conflicto. Para la presentación en línea de una reclamación sobre una reclamación transfronteriza, *vid.* <https://www.autocontrol.es/servicios/reclamaciones-transfronterizas/> (consulta: 11 de marzo de 2019).

<sup>256</sup> ICAS es el organismo internacional de autorregulación de la publicidad lanzado por la EASA, a la que permite que organismos de autorregulación a nivel internacional puedan resolver los conflictos en materia publicitaria. Para un mayor abundamiento sobre ICAS, *vid.*, <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria-2/> (consulta realizada el 11 de marzo de 2018).

depende el órgano de control extrajudicial, al que deberá acudir con carácter previo a la presentación de algunas de las acciones a las que nos hemos referido anteriormente.

Las funciones de AUTOCONTROL pivotan en torno a tres ejes principales: el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, basado a su vez en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (CCI) y los Códigos de Conducta Sectoriales<sup>257</sup>; el Jurado de la Publicidad, como órgano extrajudicial de resolución de conflictos al que se le atribuye la competencia para resolver

---

<sup>257</sup> Estos son: el Código de Confianza Online [Adigital y AUTOCONTROL, 2002 (modificado en 2018)]; el Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica [FARMAINDUSTRIA, 2002 (modificado en 2016)]; el Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España [CERVECEROS, 2003 (modificado en 2009)]; el Código de Autorregulación Publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas [FEBE, 2003, modificado en 2013)]; el Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes de la Asociación Española de Jugueteros [AEFJ, 2003, (modificado en 2015)]; el Código Ético de la Asociación Nacional para la Defensa de la Marca (ANDEMA, 2004); el Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud con FIAB [Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2005, modificado en 2013)]; las Directrices sobre las Buenas Prácticas en la Publicidad de Productos de Software Interactivo de la antigua Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE), actual Asociación Española de Videojuegos [AEVI, 2005 modificado en 2018]; el Código de Buenas Prácticas en la Publicidad de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN, 2006). El Reglamento de aplicación del Código de Buenas Prácticas de FENIN (2011); El Código Ético de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral (AENE, 2006, modificado en 2016; el Código de Normas Deontológicas para la promoción y publicidad de los medicamentos autorizados sin receta médica no financiados por el Sistema Nacional de Salud y otros productos para el autocuidado de la salud de la Asociación para el Autocuidado de la Salud (ANEFP, 2007); el Código de Buenas Prácticas para el Uso de Argumentos Ambientales en la Publicidad Comercial (Ministerio para la Transición Ecológica y Empresas del Sector Energético y Automovilístico, 2009); el Código Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego. Convenio con la DGOJ y la autoridad audiovisual en ese momento [SETSI, 2012 (modificado en 2013); el Código Deontológico de Buenas Prácticas Comerciales para la Promoción de los Productos Dietéticos Infantiles [ANDI, 2012 (modificado en 2014)]; el Código de Autorregulación para una comunicación responsable en el Sector de Perfumería y Cosmética (STANPA, 2015); el Código Ético de Publicidad en Cine de las principales agencias exclusivas de publicidad cinematográfica (Movierecord, Discine y 014, 2016); el Código Deontológico de Buenas Prácticas del sector de aguas de bebida envasadas en materia de etiquetado y publicidad (ANEABE, 2016); el Código de Conducta sobre las Interacciones con la Comunidad Sanitaria (AESEG, 2018); el Código de Conducta F2F/D2D (AEFr, 2018); el Código de Comunicación Comercial del Vino (OIVE, 2018). Para un mayor abundamiento sobre estos Códigos de Conducta, *vid.*, <https://www.autocontrol.es/codigos-de-conducta/> (consulta: 29 de marzo de 2021). Por su parte la Agencia Española de Protección de Datos ha aprobado el Código de Conducta de Tratamiento de Datos en la Actividad Publicitaria, el 11 de noviembre de 2020. Este código inserta un procedimiento extrajudicial para resolver los conflictos que surjan entre las empresas adheridas al código y los consumidores, extendiendo su ámbito de aplicación al tratamiento de los datos realizados en el ámbito de la actividad publicitaria. Las reclamaciones podrán someterse, bien a la mediación de AUTOCONTROL, bien al Jurado de la Publicidad [*ex art.* 38 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE, núm. 294, de 06 de diciembre de 2018)]. Estas reclamaciones podrán tramitarse siempre que los hechos hayan ocurrido los 12 meses previos a la fecha de la reclamación y no estén siendo tramitados ante una autoridad administrativa o judicial, salvo petición de la Agencia Española de Protección de Datos. También se ha incluido el Código de Conducta sobre el uso de los *influencers* en la publicidad, el 1 de enero de 2021, que establece las reglas de identificación de la publicidad realizada por los *influencers*. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/2020/10/09/la-aea-y-autocontrol-establecen-un-codigo-sobre-el-uso-de-influencers-en-la-publicidad-tras-la-aprobacion-del-protocolo-suscrito-con-los-ministerios-de-asuntos-economicos-y-de-consum/> (consulta: 19 de abril de 2021).

las reclamaciones que surjan entre un consumidor individual y la empresa o profesional anunciante o, entre estos y varias entidades (las asociaciones de consumidores, otras empresas o la propia Administración) por el incumplimiento de un Código de Conducta en materia publicitaria; y, la asesoría jurídica de AUTOCONTROL, formada por expertos del Derecho de la Publicidad, Privacidad y Protección de Datos e Informática, cuya función es asesorar a las empresas para el buen funcionamiento de una publicidad responsable<sup>258</sup>.

## 1.5. El Jurado de la Publicidad

El Jurado de la Publicidad es un órgano de naturaleza jurídico-privada creado en el seno de AUTOCONTROL, que tiene atribuida la competencia para conocer de la solución de los conflictos derivados del incumplimiento del sistema de autorregulación en materia publicitaria en España. Este órgano fue creado por la Junta Directiva de AUTOCONTROL que, el 23 de abril de 1997, aprobó por primera vez, el Reglamento del Jurado de la Publicidad<sup>259</sup>. Ha de precisarse que el Reglamento ha sufrido numerosas modificaciones, pero su última versión fue aprobada por la Junta Directiva, el 21 de octubre de 2021.

Si bien, ha de señalarse que las sucesivas modificaciones del Reglamento del Jurado no han cambiado sustancialmente el régimen jurídico de sus estatutos y de sus funciones. Lo cierto es que la más significativa de todas ellas, es la producida en el año 2019, al objeto de que el Jurado cumpla los requisitos exigidos por la Ley 7/2017, lo que le ha llevado a obtener la acreditación por la Dirección General de Consumo, tras lo cual pasó

---

<sup>258</sup> Además de las funciones a las que hemos hecho referencia, AUTOCONTROL junto a Adigital han creado *Confianza Online*, una asociación creada en 2003 para aumentar la confianza de los usuarios en Internet. Así, las páginas web que cumplan con su código ético podrán utilizar el sello distintivo de *Confianza Online* para demostrar su compromiso con las buenas prácticas a través de Internet.

*Confianza Online* crea a su vez una institución de mediación, llamada B2B, que es un sistema extrajudicial de resolución de conflictos exclusivo entre plataformas, empresas y profesionales.

La institución de Mediación B2B de *Confianza Online* ofrece en el ámbito B2B el acceso a un procedimiento rápido, eficaz e imparcial de resolución de conflictos. Mediación que se tramita a través de una plataforma digital que ofrece a las empresas servicios de intermediación *online* con los consumidores, dando cobertura a varios sectores de la actividad económica, v. gr., el sector inmobiliario, el de moda, el de calzado, el de deportes, el de turismo y el de alojamiento, entre otros. Para un mayor abastecimiento puede consultarse en: <https://www.confianzaonline.es/> (consulta: 8 de diciembre de 2021).

<sup>259</sup> Puede consultarse esta última versión en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/10/reglamento-del-jurado-de-la-publicidad-autocontrol.pdf> (consulta: 8 de diciembre de 2021).

a formar parte de la Red Extrajudicial Europea —Red EJE—, por cumplir lo señalado tanto en la Directiva 2013/11/UE como en las precedentes Recomendaciones de 1998 y 2001.

La importancia que ha adquirido el Jurado de AUTOCONTROL radica en que ha sido la primera entidad privada que ha obtenido la acreditación como entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo por la Agencia Española de Consumo Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECSAN)<sup>260</sup>.

Ello va a posibilitar que el Jurado de la publicidad pueda resolver los conflictos de carácter transfronterizo que les presenten los consumidores, que tengan su residencia en un Estado miembro diferente a España, lugar de establecimiento del empresario, e incluso, cuando estén establecidos fuera de España, en aplicación del principio de garantía complementaria consagrado tácitamente en el artículo 14 de la Directiva 2013/11/UE<sup>261</sup>.

### **1.5.1. Funciones**

El Jurado de la Publicidad tiene atribuidas distintas funciones, siendo su competencia lo suficientemente amplia como para actuar como órgano de control de los códigos de conducta publicitarios, al tiempo que puede emitir distintos tipos de informes y opiniones que le soliciten las empresas publicitarias para ajustarse a las normas éticas y deontológicas.

El artículo 4 del Reglamento enumera pormenorizadamente cuáles son sus funciones, en concreto:

- Formular los anteproyectos de códigos éticos y otras normas de conducta en materia de comunicación comercial y presentarlos a la Junta Directiva de AUTOCONTROL para su tramitación definitiva;

---

<sup>260</sup> Puede verse su inclusión junto al resto de entidades acreditadas en: [http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/ampliacion/listado\\_entidades\\_acreditadas.htm](http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/ampliacion/listado_entidades_acreditadas.htm) (consulta: 11 de marzo de 2019).

<sup>261</sup> Esta garantía complementaria se regula en nuestro ordenamiento interno en el art. 44 de la Ley 7/2017. Y ello, a nuestro juicio, es lo que permite al Jurado de la Publicidad —siendo el primer organismo extrajudicial de autorregulación publicitaria incluido en la Red EJE— solucionar los conflictos que en principio no les corresponde resolver dado su ámbito territorial de actuación, por no haber sido emitida la publicidad en España conforme a lo prescrito en el artículo 12 de su Reglamento.



- Resolver las solicitudes de revisión de consultas previas para el Gabinete Técnico, que pudieran plantear las personas físicas o jurídicas que sean responsables de la emisión de la publicidad objeto de la consulta;
- Llevar a cabo el arbitraje publicitario cuando las partes se sometan a él voluntariamente;
- Resolver las reclamaciones o controversias que se presenten en relación con las comunicaciones comerciales realizadas y difundidas por los asociados, o por terceros no asociados que acepten expresa o tácitamente someterse a su decisión;
- Resolver las reclamaciones que se presentan por presunta infracción de *EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising* y del *IAB Europe's OBA framework*, en actividades publicitarias realizadas por las empresas adheridas a la iniciativa europea sobre autorregulación de la publicidad comportamental;
- Emitir los dictámenes solicitados que expresen su opinión deontológica y no vinculante sobre la corrección de anuncios publicitarios realizadas por terceros no vinculados al código que no acepten la competencia del Jurado de la Publicidad;
- Y, como cajón de sastre, se le encomienda cualquier otra función que le sea expresamente encomendada por la Junta Directiva sobre materias relacionadas con la ética publicitaria, incluidas las relativas a la protección de datos y privacidad.

Podemos decir que las funciones del Jurado de la Publicidad van a variar en función de lo que soliciten las empresas o de la adhesión de los asociados a AUTOCONTROL (a nivel nacional) y a EASA (a nivel transfronterizo).

Dicho lo cual, vamos a centrar nuestra atención en los efectos que tienen las resoluciones para los sujetos que hayan aceptado la competencia del Jurado de la Publicidad, así como en los dictámenes e informes que eventualmente pueda dictar este órgano. En lo que respecta a las resoluciones del Jurado, el artículo 29.1 indica que serán vinculantes para todos los asociados de AUTOCONTROL, así como para cualesquiera otras personas vinculadas a las mismas, y para aquellas personas no vinculadas al código que hayan aceptado expresa o tácitamente la competencia del Jurado.

En efecto, la resolución afecta a los asociados que hayan aceptado expresamente la competencia del Jurado. Entendemos que esta situación se refiere a los supuestos en los que los asociados quedan vinculados por su adhesión previa al código de conducta, en

tanto que la aceptación tácita se refiere a los supuestos en los que un sujeto no vinculado inste o solicite la actuación de AUTOCONTROL en sus procedimientos, siempre que lo haya hecho en el año inmediatamente anterior a la fecha en la que deba determinarse si existe aceptación de la competencia del Jurado, o cuando conteste una reclamación formulada frente a ella sin objetar la competencia del Jurado (art. 29.2).

En los supuestos en el que nos ocupa, es decir, cuando se trata de resoluciones de reclamaciones iniciadas por un consumidor individual, las propuestas de resoluciones devendrán vinculantes para la empresa que se encontrase sometida a la competencia del Jurado de la Publicidad, pero no para el consumidor reclamante que haya formulado oposición contra la propuesta de resolución conforme al artículo 33.5.

Si acudimos al artículo 33.5, observamos que este apartado no se refiere a la oposición del consumidor particular, sino a la manifestación del plazo de 5 días hábiles puede formular la empresa reclamada para aceptar la propuesta o formular alegaciones contra la misma.

Entendemos que es un error del Reglamento y que se refiere al apartado 7 del mismo artículo, en el que se señala que el particular reclamante —entendemos que se refiere al consumidor individual— puede mostrar su disconformidad a la resolución del Jurado en el plazo de 3 días hábiles. En el supuesto de que no haya disconformidad por el consumidor, la resolución deviene vinculante para la empresa, sin perjuicio de los recursos de alzada contra la propuesta de resolución o, en su caso, la revisión cuando se trate de dictámenes.

En lo que respecta a los dictámenes, hemos señalado que el Jurado de la Publicidad podrá emitir de oficio o a solicitud de quien ostente un interés legítimo un dictamen que exprese una opinión deontológica sobre un anuncio publicitario. Y esta es la forma que adopta el documento que emite el órgano de control, cuando el tercero contra el que se dirija la reclamación no está vinculado al Jurado de la Publicidad, por lo que no será vinculante para aquellos.

Si acudimos a los fundamentos deontológicos de los dictámenes llevados a cabo por el Jurado de la Publicidad, hemos observado que en todos se pronuncian en los mismos términos:

*«Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe advertirse que, en la medida en que el escrito que ha dado origen al presente procedimiento se dirige  
Texto completo del Dictamen del Jurado: (...) contra una empresa que no es socia de Autocontrol ni se encuentra por otros motivos vinculada al Jurado, el presente dictamen carece de carácter vinculante para la misma. A este respecto, debe indicarse que, como en el resto de los organismos de autorregulación publicitaria existentes en todos los países del entorno UE, y con el fin de crear sistemas abiertos a la sociedad, el Jurado de la Publicidad tiene encomendada la resolución de aquellas controversias que le sean presentadas, por cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo, contra piezas publicitarias tanto de empresas asociadas como de terceros. Sin embargo, las resoluciones que dirimen tales controversias sólo tienen fuerza vinculante para los asociados, que voluntariamente han manifestado su adhesión al Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, el cual rige los pronunciamientos del Jurado. Por el contrario, frente a una entidad como el anunciante, no adherida al sistema de autodisciplina, este dictamen constituye una mera opinión, no vinculante, sobre la corrección ética y deontológica de la campaña publicitaria en cuestión, emitida por expertos en la materia. En todo caso, no puede desconocerse que la mayor parte de los dictámenes que emite este Jurado son cumplidos de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema. Probablemente este hecho se explique por la reconocida fuerza moral de que gozan tales dictámenes. Esta fuerza moral se derivaría del acreditado y reconocido prestigio de los miembros del Jurado, y del respaldo legal otorgado al sistema de autodisciplina o autocontrol, tanto a nivel comunitario (véase el Considerando 18, y los artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; Considerandos 32, 40, 49 y 51 y artículos 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico) como a nivel estatal (véase la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); previsiones normativas a las que se ha sumado el reconocimiento explícito de los códigos de conducta y el fomento de la autorregulación introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (véase su nuevo Capítulo V), así como por Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (véase su Exposición de Motivos y su artículo 12). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre los dictámenes y resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos»<sup>262</sup>.*

A diferencia de lo que sucede en los dictámenes emitidos por el Jurado, las resoluciones instadas por un consumidor individual contienen siempre un

---

<sup>262</sup> DJP (Sección 5ª), de 21 de marzo de 2019. Todos los dictámenes emitidos por el Jurado que se dirijan contra una empresa no adherida al código o que no haya aceptado de cualquier forma su competencia contendrán dicho pronunciamiento. En el mismo sentido, el DJP (Sección 5ª), de 7 de marzo de 2019; y, DJP (Sección 2ª), de 28 de febrero de 2019; y, DJP (Sección 4ª), del 21 de febrero de 2019.

pronunciamiento que puede instar, cuanto menos, a cesar en la publicidad engañosa cuando la empresa haya aceptado la competencia del Jurado.

Buena muestra de ello es la Resolución del Jurado de 28 de marzo de 2019, por la que se estima la reclamación presentada por un consumidor contra una publicidad de la que es responsable la empresa “*Booking.Com. B.V*”.

La citada reclamación emite un pronunciamiento que contiene efectos declarativos, pues pone de manifiesto «*que la publicidad reclamada infringe la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol*», pero también insta la cesación de la publicidad ilícita en los siguientes términos: «*Instar al anunciante la rectificación de la publicidad reclamada*»<sup>263</sup>.

En lo que respecta a los informes que puedan solicitar los anunciantes y agencias, el Jurado informará sobre la licitud y la corrección deontológica de anuncios propios que estén en elaboración o en ciernes para emitirse, siendo esta consulta confidencial para el solicitante (art. 34.1 RJP).

Los medios de difusión, en relación con los anuncios que hayan recibido para su difusión, podrán solicitar consultas previas en las que se determine a través de un examen urgente y preliminar, si existen razones significativas, con carácter preventivo, para no emitir el anuncio (*ex art. 34.2*).

Como ya señalamos al inicio, la competencia para elaborar las consultas previas corresponde al Gabinete Técnico de AUTOCONTROL y, en principio, no vincularán ni al solicitante, ni al Jurado de la Publicidad en las posteriores resoluciones que pueda dictar sobre la comunicación comercial.

Y decimos en principio, porque en aquellos casos en los que el solicitante no esté conforme con el contenido de la consulta previa emitida por el Gabinete Técnico, podrá

---

<sup>263</sup> RJ (Sección 6ª), de 28 de marzo de 2019. Todas las resoluciones del Jurado de la Publicidad siguen la misma estructura, salvo que el Jurado acuerde desestimar la reclamación. En este sentido, las RJ (Sección 7ª), de 14 de febrero de 2019; y, de 28 de febrero de 2019. Pueden consultarse todas las resoluciones y dictámenes del Jurado de la Publicidad en: <https://www.autocontrol.es/resoluciones-del-jurado/> (consulta: 14 de abril de 2019).

solicitar su revisión por la Sección del Jurado que por turno corresponda, aportando las alegaciones y documentos que estime oportunos, pero la resolución que adopte el Jurado sí será vinculante para las partes (art. 34.4 RJP).

Si tras la emisión del informe se presentare una reclamación contra una publicidad comercial que hubiera sido objeto de consulta previa, será competente para su resolución la misma Sección que por turno corresponda, absteniéndose la Sección del Jurado que, en su caso, hubiera resuelto la consulta previa emitida por el Gabinete Técnico (art. 34.5).

Ello quiere decir, que si un consumidor individual presenta una reclamación sobre un anuncio publicitario que ha sido objeto de revisión por la Sección Séptima, este deberá abstenerse por haber conocido de la revisión (art. 35.5).

Esta abstención del Jurado parece asimilarse al principio del juez no prevenido cuando la fase de sumario la lleva a cabo un juez distinto al que lleve a cabo la fase de instrucción.

### **1.5.2. La Sección Séptima: una “Sección especializada”**

El Jurado de la Publicidad puede actuar en Pleno o por Secciones en el ejercicio de sus competencias (arts. 5 y 9 RJP), correspondiéndole a la Sección Séptima el conocimiento de las reclamaciones de los consumidores a título individual; por esta razón la hemos denominado la Sección especializada, pues de entre todas las secciones, será la única competente para conocer de las reclamaciones individuales de los consumidores. Tanto es así, que el artículo 9.1 de su Reglamento señala que *«las Secciones del Jurado, con idénticas competencias, se distinguen por su número»*, enumerándolas del 1 al 6 y distribuyéndose el conocimiento de las reclamaciones en atención a un criterio de reparto de asuntos por orden de entrada (*ex art. 10*), en tanto que la Sección Séptima, que se regula de forma separada al resto, conoce en atención a un criterio material de atribución de asuntos (*ex art. 9.5 en relación con la remisión al Capítulo II del Libro III*)<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> Se regulan conjuntamente las seis primeras Secciones del Jurado de la Publicidad y, de forma separada, la Sección Séptima. Sección esta que tiene atribuida la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones individuales de los consumidores.

Dicho esto, hemos de señalar que la Sección Séptima, va a tener la competencia exclusiva y excluyente para conocer de las reclamaciones individuales en materia de consumo. Y ello, porque el artículo 31.2 del Reglamento señala que:

*«Cuando un mismo anuncio publicitario haya sido objeto de reclamación por un consumidor individual y, además, por otra entidad no incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, todas las reclamaciones se acumularán para su tramitación de conformidad con lo previsto en el presente Capítulo».*

Este precepto se refiere al supuesto de que un mismo anuncio publicitario dé lugar a dos reclamaciones: una formulada por el consumidor individual y otra, por la entidad, asociación de consumidores o empresa, en cuyo caso la competencia para conocer de ambas reclamaciones le corresponderá a la Sección especializada, dado lugar a una suerte de acumulación de reclamaciones. Este supuesto constituye una excepción al límite subjetivo señalado en la Ley 7/2017, dado que en este supuesto especial, el Jurado de la Publicidad no resolverá solo en función de lo reclamado por el consumidor individual, sino también en razón a las alegaciones realizadas por el otro reclamante. Sin bien, el procedimiento a seguir será el seguido para las reclamaciones de los consumidores, dado que se tramitarán por los cauces del Capítulo II, redactado conforme a los principios y requisitos que exige la Ley 7/2017.

De ahí, que podamos concluir que la Sección Séptima se crea para resolver exclusivamente las reclamaciones individuales de los consumidores; ello no impide que, cuando una reclamación sea formulada por un consumidor individual y una o varias empresas, entidades o asociaciones habilitadas al efecto, se produzca una acumulación necesaria de reclamaciones que se tramitará ante esta Sección especializada. Y esta es la peculiaridad más importante del Jurado de la Publicidad, dado que es el único procedimiento extrajudicial en materia de consumo en el que podrán acumularse reclamaciones por consumidores y por no consumidores.

Por otra parte, en lo que respecta a los miembros de la Sección Especializada, ha de señalarse que deben respetar los principios exigidos en el Reglamento, que vienen a ser los mismos que los señalados en la Ley 7/2017. Ello motivó a la modificación del Reglamento del Jurado de la Publicidad, en orden a establecer normas relativas a la

composición y estatuto de los miembros de esta Sección, que atiendan a garantizar los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia, rapidez y equidad (art. 12.1RJP)<sup>265</sup>.

De tal forma, que a diferencia de lo que ocurre con las otras Secciones del Jurado de la Publicidad, compuestas por cuatro miembros del Jurado (un vicepresidente y tres vocales, con la designación de tres vocales suplentes designados de entre el resto de las Secciones), la Sección Séptima está compuesta por personas no miembros del Jurado, en concreto, por representantes de las siguientes categorías: un jurista experto de reconocido prestigio, que será designado por la Junta Directiva de AUTOCONTROL, que presidirá esta Sección, correspondiéndole la secretaría de la misma al secretario del Jurado; un representante designado por las asociaciones de consumidores y usuarios con las que AUTOCONTROL deberá suscribir un convenio; y, un representante de la industria publicitaria, designado por la Junta Directiva de AUTOCONTROL de entre los miembros del Jurado de la Publicidad que hayan sido profesionales de la industria publicitaria, y que no hayan mantenido relación laboral con las empresas adheridas a AUTOCONTROL desde al menos un año de antelación (art. 32.1 RJP).

En cuanto a la legitimación activa para presentar una reclamación ante esta Sección, ha de señalarse que la ostenta cualquier consumidor que a título individual tenga un interés legítimo en reclamar contra la empresa o profesional sometida al Jurado de AUTOCONTROL y que la misma puede ser presentada en línea o no (art. 33.1 y 2 RJP)<sup>266</sup>. Ello no impediría, a nuestro juicio, la posibilidad de la presentación de una reclamación por parte de una asociación de consumidores y usuarios en representación de un consumidor asociado (*ex* art. 11.1 LEC).

---

<sup>265</sup> El Reglamento regula las causas de abstención y recusación del Jurado de la Publicidad, que son: «a) Tener interés directo o indirecto en el asunto del que conoce el Jurado; b) Prestar o haber prestado servicios profesionales, en un plazo inferior a un año, para alguna de las partes contendientes; c) Mantener o haber mantenido relaciones laborales con alguna de las partes contendientes; y, d) Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta».

<sup>266</sup> El Reglamento no dice nada respecto a la obligación de información del empresario con las entidades acreditadas. Si bien, podemos deducir que esta obligación deriva de la posibilidad de aplicar con carácter supletorio el artículo 40 de la Ley 7/2017, que obliga a los empresarios adheridos a un código de conducta a informar a los consumidores de la posibilidad de tramitar la reclamación extrajudicial ante el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL. Tanto es así, que el empresario que incumpla el deber de información tendrá la consideración de infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios. En este sentido, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sanciona con multas de 3.005,07 euros a 15.025,30 euros, pudiendo incluso rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios que sean objeto de la infracción [art. 51.1, letra b)].

Cabe señalar, que también ostenta legitimación activa para iniciar una reclamación ante el Jurado de la Publicidad, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Este organismo, conocido comúnmente como, “CNMC” es el organismo encargado de promover y velar por el buen funcionamiento de los mercados en interés de los consumidores y de las empresas.

En este sentido, es importante hacer referencia a la Resolución del Jurado de la Publicidad, de 25 de octubre de 2018, en la que dicho organismo ostenta la parte activa de la reclamación. Si bien, como la reclamación no es presentada por un consumidor a título individual, la competencia no se atribuye a la Sección Séptima, sino a la Sección Sexta<sup>267</sup>.

Asimismo, cabe la posibilidad de que la legitimación activa también la ostente, además de una asociación de consumidores y usuarios o el consumidor individual, cualquier asociado, empresa o, incluso, los órganos de AUTOCONTROL, pero cuando la reclamación se inicie por cualquiera de estas entidades, no siendo un consumidor individual o una asociación de consumidores en representación de un consumidor asociado, la competencia se atribuirá a una de las 6 Secciones del Jurado, y no a la Sección Séptima, la Sección Especializada, que resuelve exclusivamente las reclamaciones individuales de los consumidores.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir, el Reglamento regula las reclamaciones individuales de los consumidores en el Capítulo II, y el resto de las reclamaciones presentadas por cualquier persona que tenga un interés legítimo, en el Capítulo I. Si bien, se establece la aplicación supletoria del Capítulo I, para todo lo no previsto en el Capítulo II (art. 31.1 RJP).

## **1.6. Tramitación de la reclamación**

Ha de comenzarse haciendo referencia a que la tramitación de la reclamación del consumidor individual es de carácter especial; y ello es así, porque el Reglamento

---

<sup>267</sup> RJ disponible en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/rest2317.pdf> (consulta: 13 de abril de 2019).



establece un procedimiento concreto para presentar este tipo de reclamaciones, en tanto que se establece un procedimiento genérico para presentar el resto de reclamaciones, esto es, cuando el procedimiento sea iniciado por un sujeto distinto del consumidor.

El consumidor podrá optar por presentar la reclamación a través de las formas convencionales (por correo remitido a la atención de la secretaría del Jurado o por fax) o en línea<sup>268</sup>, debiendo identificar de manera suficiente la persona del reclamante y la comunicación, acompañando una pieza o reproducción de esta siempre que le sea posible (art. 33.2). Entendemos que esta comunicación se refiere a la publicidad ilícita o al anuncio publicitario contra el que se reclame. La reclamación deberá expresar los motivos que la justifican, acompañándose de los documentos o pruebas pertinentes para fundarla (art. 33.2).

Presentada la reclamación por el consumidor, la secretaría del Jurado deberá informar al mismo sobre varios aspectos:

- De que no está obligado a participar en el procedimiento extrajudicial;
- De que los acuerdos suscritos con anterioridad a la reclamación no serán vinculantes para él<sup>269</sup>;
- De que es potestativo acudir asistido de abogado o asesor jurídico, sin perjuicio de que, si lo hace, se deberá informar a la secretaría del Jurado en el plazo de 3 días desde la presentación de la reclamación o, en su caso, si es en línea, desde la recepción de la reclamación, pudiendo acceder al procedimiento en cualquiera de sus fases y pudiendo comparecer por sí mismas, representadas o asistidas por un tercero y solicitar si así lo desean, asesoramiento jurídico independiente; y,
- De que el procedimiento es gratuito para el consumidor (art. 33.3)<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> El consumidor individual podrá presentar la reclamación en línea a través de un formulario *online* que está disponible en la página web de AUTOCONTROL en el siguiente enlace: <https://privada.autocontrol.es/servicio/reclamacion/noregistrado/create/reclamacion#> (consulta: 9 de diciembre de 2021), o bien, por correo electrónico a: [reclamaciones@autocontrol.es](mailto:reclamaciones@autocontrol.es).

<sup>269</sup> El Reglamento hace una réplica casi idéntica al artículo 13.1 de la Ley 7/2017. Artículo este que prohíbe la vinculación para el consumidor de los acuerdos suscritos con carácter previo al surgimiento del conflicto cuando tengan por objeto someterse a un procedimiento con resultado no vinculante. Aunque no se señala nada respecto al empresario, entendemos que resulta de aplicación el apartado 2º del mismo artículo, que se traduce en la vinculación para el empresario a aquellos acuerdos, dado que ha habido una adhesión previa al código de conducta contra el que se reclama.

<sup>270</sup> Este deber de información coincide en algunos puntos con el deber de información que le corresponde a las entidades alternativas según la Ley 7/2017. Y el principio de voluntariedad del sometimiento a los

Cabe decir, que no se señala en el Reglamento la forma en la que la secretaría del Jurado informará al consumidor reclamante de estos extremos, pero entendemos que lo hará de la misma forma en la que el consumidor haya presentado la reclamación, si es que este no señala la forma en la que desea recibir las notificaciones, es decir, a través de las formas convencionales o en línea.

### **1.6.1. Admisión a trámite de la reclamación y su resolución**

La secretaría del Jurado deberá informar al consumidor reclamante de varios extremos:

- De que puede retirarse del procedimiento en cualquier momento en el supuesto de no estar satisfecho con su funcionamiento o tramitación, así como de las consecuencias de su abandono, si es que las hay;
- De que no está obligado a aceptar la solución propuesta y de los efectos jurídicos que deriven de su aceptación o rechazo; y,
- De que la participación en el procedimiento no excluye la posibilidad de plantear la reclamación en sede judicial para obtener la reparación de sus derechos, y, de que la resolución judicial que pueda darse, si opta por acudir a la vía judicial, podrá ser diferente a la que adopte la Sección Séptima, en tanto que los órganos judiciales no estarán vinculados a las resoluciones que dicte el Jurado de la Publicidad.

En efecto, la resolución de la reclamación no evitará que el asunto sea juzgado de nuevo por los órganos judiciales, dado que el sentido del fallo no vincula al consumidor, que puede ejercitar su pretensión ante los órganos judiciales civiles, dado que la resolución del Jurado de la Publicidad no tiene eficacia de cosa juzgada, sin perjuicio de que la resolución emitida, pueda servir como prueba documental para sostener las pretensiones del demandante o demandado en vía judicial<sup>271</sup>.

---

procedimientos de resolución alternativa de conflictos que aquella establece, que recordemos se proyecta con mayor intensidad para el consumidor que para el empresario.

<sup>271</sup> Tanto es así, que el artículo 38 del Reglamento, señala que: «*En el caso de que las Autoridades administrativas o jurisdiccionales solicitasen opinión sobre una determinada comunicación comercial, se pondrá a su disposición, de haberse emitido, la correspondiente resolución/dictamen del Jurado de la Publicidad y/o el informe elaborado por el Gabinete Técnico si aquella comunicación comercial hubiera superado el procedimiento de consulta previa. De no existir, o si es trasladada o comunicada una petición de intervención de AUTOCONTROL por las citadas Autoridades, será trasladada al Jurado de la Publicidad para que de oficio se inicie el procedimiento de tramitación de reclamación previsto en el Artículo 13 y siguientes de este Reglamento a fin de obtener la correspondiente resolución o dictamen del Jurado*»

Con todo ello, ha de señalarse que a la secretaría del Jurado le corresponder informar al consumidor reclamante de los caracteres que tiene esta vía de solución de conflictos para él, especialmente de que la resolución del conflicto por la Sección Séptima del Jurado de la Publicidad no es vinculante ni excluyente de la vía judicial.

#### **A) Admisión a trámite de la reclamación**

Por lo que se refiere a las causas de inadmisión a trámite de la reclamación, ha de indicarse que el Capítulo II que regula las reclamaciones del consumidor individual, no señala cuáles son las causas de inadmisión, pero entendemos que pueden ser inadmitidas por la Sección Séptima, por aplicación supletoria del procedimiento general. Esta Sección podrá inadmitir las reclamaciones cuando concorra alguna de las causas señaladas en el artículo 13. En concreto:

- (i) Porque la reclamación sea manifiestamente infundada o verse sobre anuncios publicitarios difundidos en los 12 meses anteriores, salvo que se trate de reclamaciones transfronterizas que se tramiten con arreglo a los procedimientos establecidos por la *European Advertising Standards Alliance*;
- (ii) El reclamado acepte expresamente y por escrito que se compromete a cesar definitivamente en la difusión de la comunicación comercial que haya sido objeto de la reclamación. Entendemos que el supuesto último se plantea en la práctica, cuando el secretario del Jurado da traslado a la empresa reclamada acepta la reclamación y se compromete por escrito a cesar voluntariamente en la publicidad antes de que el Jurado emita su resolución [*ex art. 33.5, letra a*)], o bien cuando el reclamado, tras solicitar mediación y celebrarse esta, se compromete a cesar en la publicidad ilícita.

No obstante, si de oficio o a instancia se parte, se alegare que existen indicios de que se emita de nuevo un anuncio publicitario que incumpla un compromiso previo de cese o acuerdo de mediación, el Jurado podrá incoar el procedimiento. Y, en el caso de que el procedimiento no esté activado, continuará hasta la emisión de la correspondiente propuesta del Jurado, no admitiéndose un nuevo compromiso de cese o rectificación por la parte reclamada. Además, en la correspondiente propuesta de resolución del Jurado, se determinará si ha habido un incumplimiento reiterado del compromiso de

cese o acuerdo de mediación previo, elevándose en tal caso el expediente a los órganos competente de AUTOCONTROL, por si hubiese que iniciar cualquier actuación contra aquel denunciante<sup>272</sup>.

- De igual modo, se inadmitirán a trámite, las reclamaciones referidas a una comunicación comercial que ya haya sido resuelta por el Jurado o se encuentre en trámite de resolución, en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo. Y, en el caso de que se trate de reclamaciones presentadas por los consumidores individuales, tampoco se tramitarán aquellas que hayan sido presentadas ante una entidad acreditada al amparo de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre (art. 14.4).

En los supuestos en los que el secretario del Jurado inadmita a trámite una reclamación, la inadmisión deberá ser notificada al reclamante en el plazo máximo de 10 días naturales. Inadmisión que podrá recurrirse ante el presidente del Jurado en el plazo máximo de 10 días naturales, concediéndose otros 10 días naturales al presidente que resuelva sobre la inadmisión.

Finalmente, hemos de indicar que la admisión a trámite en sede judicial de cualquier demanda contra la publicidad ilícita, encontrándose en trámite la misma reclamación ante el Jurado de la Publicidad, supondrá la paralización de esta (art. 13.6). Y ello, porque no cabe tramitar simultáneamente ambas vías, como tampoco cabe admitir a trámite las reclamaciones que hayan sido juzgadas previamente en vía judicial.

Como causa específica de archivo de las reclamaciones presentadas por los consumidores individualmente considerados, el artículo 33.3 señala la falta de aportación de la pieza o reproducción de la comunicación comercial, para el supuesto en el que el secretario del Jurado no pudiera conseguirla a partir de la identificación realizada por el consumidor, y requerido para su aportación, hayan transcurrido 30 días naturales sin aportarlo.

---

<sup>272</sup> Ejemplo de cuanto exponemos es la Resolución el expediente sancionador del Jurado, núm 2/2019, de 21 de febrero, en la que el Jurado de la Publicidad, tras haber constatado el incumplimiento reiterativo, elevó los hechos a la Comisión de Asuntos Disciplinarios, que considera que la empresa había cometido una infracción leve a tenor del artículo 17, b) de los Estatutos de AUTOCONTROL, procediendo a un apercibimiento público. Expediente disponible en: [https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/exp-2\\_2019.pdf](https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/exp-2_2019.pdf) (consulta: 13 de abril de 2019).

Igualmente, se informará al consumidor de la fecha de recepción y admisión de la reclamación, dándose traslado de la reclamación a la empresa reclamada, para que en un plazo de cinco días hábiles conteste lo que estime oportuno (art. 33.5).

Si no se observaran causas de inadmisión a trámite de la reclamación, se dará traslado de aquella a la empresa, a la que se le concederá un plazo de 5 días hábiles a contas desde el día siguiente al de su recepción, para que acepte la reclamación y se comprometa por escrito a la cesación de la publicidad, en cuyo caso se ha alcanzado un acuerdo sin intervención de la Sección Séptima (cuando sea una reclamación individual de consumo) y finaliza el procedimiento, dando por finalizado el procedimiento con traslado al consumidor reclamante; o, bien, presente por escrito una contestación a la reclamación, en la que se formulen las alegaciones oportunas y se aporten los documentos y pruebas pertinentes que fundamenten su oposición. Supuesto este en el que se dará traslado del expediente completo para que se constituya la Sección Séptima del Jurado, cuando se trate de una reclamación individual de consumo, para que adopte la correspondiente propuesta de resolución (art. 33. 6 RJP).

Aunque el Reglamento no lo señala, entendemos que cabe una tercera opción, que la empresa reclamante en vez de aceptar directamente la cesación de la publicidad o formular alegaciones, solicite la mediación.

Y es que, con carácter previo a que se dé traslado de la reclamación al Jurado de la Publicidad, el artículo 17 del Reglamento señala la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo amistoso a través de la mediación de AUTOCONTROL (*ex art. 17.1 RJP*).

El apartado 2º del artículo 17 atribuye la función de intentar la mediación al secretario del Jurado, pero señala textualmente «*si el reclamado la solicita*». De este apartado cabe extraer dos conclusiones: en primer lugar, la solicitud del intento de mediación por el reclamado supondrá un escollo para el conocimiento del Jurado, solo si las partes llegan a un acuerdo; y, en segundo lugar, qué impide que la invitación a participar en el procedimiento de mediación sea incluida en la reclamación por parte del reclamante. Este supuesto no ha sido tenido en cuenta por el Reglamento, pero, a nuestro juicio, esta opción también es viable, por lo que *de lege ferenda* podría tenerse en cuenta esta propuesta para las futuras modificaciones del Reglamento.

A renglón seguido, se indica que si el reclamante no acepta el intento de mediación a instancia del reclamado, supondrá el archivo de la reclamación (art. 17.3). Y ello nos resulta totalmente lógico, teniendo en cuenta el carácter voluntario del procedimiento tramitado ante el Jurado de la Publicidad por parte del reclamante, no limitado exclusivamente a la esfera del consumidor. De tal forma, que archivado el conocimiento del asunto por parte del Jurado, le quedará expedita la vía judicial.

Ahora bien, ello puede llevar a que la solicitud de mediación por parte del reclamado se utilice, según qué casos, como un mecanismo fraudulento por parte del reclamado para no quedar sometidos a la competencia del Jurado, por lo que debe prestarse especial atención a la buena fe con la que el reclamado solicita la mediación. Omisión que no es del todo grave, si tenemos en cuenta que la aceptación del intento de mediación por parte del reclamante no paraliza los plazos para que resuelva el Jurado.

Si las partes llegan a un acuerdo de mediación ante el secretario del Jurado, el artículo 17.5 del Reglamento señala que su régimen jurídico se regirá por lo establecido en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, esto es, de elevarse a escritura pública, constituirá el acta que se expide junto con aquella escritura constitutiva, título ejecutivo extrajudicial.

Si la mediación resulta infructuosa o las partes no lleguen a un acuerdo antes de la reunión preceptiva del Jurado, la Sección correspondiente resolverá la reclamación, debiendo tener en cuenta que el intento de mediación no supondrá la paralización del plazo de 5 días que tiene el reclamado para formular las alegaciones pertinentes.

En la tramitación de la reclamación individual de consumo, la Sección Séptima emitirá propuesta de resolución o dictamen que será notificada a las partes en el plazo máximo de 15 días hábiles, a contar desde la fecha en que se hubiese completado la reclamación<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> Cabe la posibilidad de que, con carácter previo a que el Jurado de la Publicidad emita una propuesta de resolución sobre el conflicto se celebre una vista oral de las partes, a petición del presidente de la Sección o del Pleno. Asimismo, las partes también podrán solicitar únicamente una vista oral para todas las fases del procedimiento.

Recibida la propuesta por el consumidor reclamante, se le concede un plazo de 3 días hábiles para manifestar su disconformidad. Aunque en este aspecto el Reglamento no señala en este punto qué posibles acciones tiene el consumidor para mostrar su disconformidad. Entendemos que la opción que tiene el consumidor es recurrir la propuesta en alzada ante el Pleno, y si tras esta resolución no está conforme, tiene la opción de reclamar en vía judicial.

Puede suceder en cambio que el consumidor no muestre su disconformidad, supuesto este en el que la resolución devendrá vinculante para la empresa reclamada cuando se encuentre sometida al Jurado de la Publicidad, sin perjuicio de la impugnación que puede llevar a cabo la empresa contra la resolución.

La empresa podrá interponer recurso de alzada ante el Pleno, en el plazo de 4 días hábiles, a contar desde el día siguiente de la recepción de la resolución, o bien, solicitar al Pleno la revisión del contenido cuando se trata de un dictamen deontológico no vinculante y emitido por la Sección en el mismo plazo señalado (*ex art. 19*).

## **B) El control de cumplimiento de la resolución**

Las resoluciones dictadas por el Jurado de la Publicidad son comunicadas con carácter inmediato a las partes y a los asociados afectados para que sean cumplidas de forma voluntaria, correspondiéndole a la Junta Directiva la supervisión de aquellas.

La resolución que determine la infracción de un acto publicitario o de un incumplimiento de un código de conducta, deberá pronunciarse sobre la declaración de incorrección de la publicidad objeto del conflicto, instando en su caso, al anunciante a la cesación definitiva de la publicidad, pudiendo contener una amonestación.

De mismo modo, al objeto de dar publicidad al fallo del Jurado, el artículo 28 prevé que todas las resoluciones o, en su caso, dictámenes del Jurado de la Publicidad, excepto aquellas que versen sobre publicidad de la que sea responsable personas que hubieren rechazado su competencia, se harán públicas mediante su inclusión en la Revista, página web u otros medios de AUTOCONTROL.

Ante el incumplimiento de la parte requerida, la Junta Directiva podrá adoptar medidas para el cumplimiento forzoso. Para ello, debemos tener en cuenta el contenido de la resolución que el Jurado hubiera dictado, habida cuenta de que estas tendrán por objeto el cumplimiento en los propios términos de lo que aquella establezca.

Si la Junta Directiva estima que el incumplimiento reviste especial gravedad u observara que el reclamado no cumple voluntariamente la resolución del Jurado, podrá adoptar medidas más eficaces o coercitivas sobre la empresa infractora. Entre ellas cabe señalar:

- En primer lugar, la difusión de la resolución del Jurado para aquellos casos que así lo acuerde la Junta Directiva. Entendemos que esta medida de difusión lleva consigo el desprestigio de la empresa y, con ello, la pérdida de confianza de sus clientes; y,
- En segundo lugar, cuando se trate de infracciones de la EASA o de *The Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising* podrá instar la retirada del sello de confianza o del icono identificativo de la publicidad comportamental.

En este punto, debemos plantearnos si el Jurado de la Publicidad tiene competencia para iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el empresario adherido al código de conducta, así como si la Junta Directiva de AUTOCONTROL tiene potestad para sancionar a una empresa o para condenar a esta a una indemnización por los daños y perjuicios producidos. A nuestro juicio, la respuesta es negativa, pues carece de potestad inspectora y sancionadora. Y, aunque puede instar un procedimiento administrativo sancionador, no ostenta la condición de interesado, luego no puede solicitar al órgano la reparación del daño o la indemnización por daños y perjuicios sufridos. Reparación que queda supeditada a la reclamación de los consumidores cuando ostentan la condición de interesados.

## **1.7. El arbitraje publicitario**

En materia de publicidad no solo se puede acudir a la mediación o al procedimiento desarrollado por alguna de las Secciones del Jurado de la Publicidad, también se puede



acudir a un arbitraje institucional, en el supuesto de que las partes así lo decidan (art. 36.1 RJP), pues como en todo arbitraje, prima el principio de autonomía de la voluntad de someter el conflicto en materia publicitaria a un árbitro o a un colegio arbitral, designándose los árbitros de entre los miembros de las respectivas Secciones del Jurado de la Publicidad.

El apartado 2º del artículo 36 indica que las partes podrán elegir, de entre los miembros que comportan las distintas Secciones del Jurado de la Publicidad uno, tres o cinco árbitros. En el supuesto de que no exista acuerdo entre las partes en el nombramiento del número de árbitro/s y el arbitraje fuese en equidad, conocerá del asunto la Sección a la que por turno corresponda.

A falta de regulación expresa sobre las reclamaciones individuales presentadas por los consumidores, ha de entenderse que el órgano arbitral estará constituido por los miembros de la Sección Séptima del Jurado, al constituir una Sección Especializada, pudiendo llevar a cabo esta Sección tanto arbitrajes en derecho como en equidad.

En cuanto al procedimiento arbitral, el artículo 37 del Reglamento remite a la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje, resultando llamativo que el Reglamento no haga referencia expresa a que las solicitudes de arbitraje presentadas a título individual por los consumidores se puedan tramitar conforme a las previsiones que regula el Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, quizás ello se debe a que la norma común en materia de arbitrajes es la Ley 60/2003, y no el Sistema Arbitral de Consumo, que es un arbitraje institucional encomendado a las Juntas Arbitrales de Consumo<sup>274</sup>.

Que las partes decidan someter la publicidad o el incumplimiento del código de conducta al arbitraje publicitario, tiene importantes repercusiones para la resolución del

---

<sup>274</sup> Sobre la Ley 60/2003, como norma común, Bonachera Villegas indica que: “A razón de la normativa aplicable, se considera ordinario el arbitraje regido exclusivamente por la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), en tanto, que es especial, el arbitraje que cuenta con una norma sectorial propia” (BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, op. cit., p. 31). De hecho, la especialidad del arbitraje puede venir determinada por tres factores: por la norma aplicable, por la materia sobre la que verse el conflicto, o por el medio a través del cual se difunda (Vid., MERINO MERCHÁN, J.M y CHILLÓN MEDINA, J.M, *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, Madrid, 2006, p. 352). Así pues, como el arbitraje publicitario no cuenta con una norma sectorial propia, el Reglamento se remite al arbitraje ordinario.

conflicto, pues al contrario que el procedimiento extrajudicial tramitado ante cualquiera de las Secciones del Jurado, salvo las reclamaciones de los consumidores que se tramitaran ante la Sección Especializada, el procedimiento arbitral que termine con un laudo, tendrá fuerza de cosa juzgada, constituyendo título ejecutivo (*ex art. 517.2, ap. 2º LEC*).

### **1.8. El servicio de mediación por la recepción de publicidad no deseada**

Tras suscribir varios protocolos con la Agencia Española de Protección de Datos y algunas operadoras de telecomunicaciones electrónicas, AUTOCONTROL, puso en el año 2018 en marcha un servicio de mediación ágil y gratuito para resolver las reclamaciones que en materia de protección de datos presenten los usuarios de telecomunicaciones, como es el ejercicio del derecho de oposición al tratamiento de sus datos, el derecho al olvido o el derecho de supresión, incluido el derecho a no recibir publicidad no deseada. Además, también podrán reclamarse otro tipo de cuestiones como: la solicitud de recepción de factura con posterioridad a la baja del servicio correspondiente, o la cesión de la deuda mantenida con la operadora a otra empresa, etc., sin que se pueda pedir la indemnización o compensación.

La mediación solo podrá solicitarse por las personas físicas frente a las empresas de telecomunicaciones adheridas al Protocolo de Mediación. Si bien, la persona física no tiene por qué ser consumidor, pues el solicitante podrá ser un autónomo. Esta mediación solo se desencadenará previa reclamación a la empresa adherida.

## **2. LA NEGOCIACIÓN *VERSUS* LA NEGOCIACIÓN ASISTIDA**

### **2.1. Concepto**

Como ya se dijo antes al tratar las fórmulas autocompositivas, la negociación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual las partes con posturas contrapuestas tratan de alcanzar una solución amistosa del conflicto sin intervención de un tercero, exponiendo cada uno sus puntos de vista y asumiendo que esta fórmula va a

implicar una cesión o renuncia a algo<sup>275</sup>. En efecto, en la negociación directa son las propias partes las que activamente van a dar solución a su conflicto sin que intervenga una entidad de resolución alternativa de conflictos.

Existen dos modalidades de negociación posibles: la negociación competitiva y la negociación colaborativa. La primera, suele ser habitual que esté presente en los procesos judiciales, cuando una de las partes cede frente a las pretensiones de la otra, produciéndose la renuncia o el desistimiento por parte del actor o el allanamiento por la parte demanda. Formas anormales de terminación del proceso sin que recaiga una resolución judicial sobre el objeto de la controversia.

En cambio, en la negociación colaborativa, ambas partes esperan obtener una solución satisfactoria de sus respectivas pretensiones, siendo una modalidad de negociación más equilibrada. Este tipo de negociación normalmente es la que está presente en las fórmulas extrajudiciales de resolución de conflictos<sup>276</sup>.

Además, está destinada a potenciar la credibilidad y la confianza entre las partes, promoviendo la continuidad de las relaciones. Quizás, por ello, aunque no es propiamente un método alternativo de resolución de conflictos a desarrollar por una entidad acreditada, está potenciada por la Ley 7/2017. Y es que, como ya se señaló en algún momento, puede constituir un requisito previo para la admisión a trámite de la reclamación ante la entidad de resolución alternativa de conflictos.

Sin embargo, a veces, los procedimientos extrajudiciales no pueden encasillarse en un método concreto, constituyendo procedimientos híbridos; a esta tipología corresponde la negociación asistida, que constituye una categoría mixta entre la negociación y la mediación, conocida también por la doctrina como mediación o intermediación hipotecaria.

Y ello, porque incluso reuniendo muchas características de la negociación, tiene los mismos efectos que una mediación llevada a cabo ante una entidad de resolución alternativa, con la peculiaridad de que la intervención del tercero en la negociación

---

<sup>275</sup> BLANCO GARCÍA, A.I., *Conflictos bancarios: su tutela extrajudicial*, op. cit., p. 215.

<sup>276</sup> BLANCO GARCÍA, A.I., *ibidem*, p. 215.

asistida ayudará y guiará a las partes para dar una solución equilibrada al conflicto planteado. Por ello, esta negociación suele darse más en los conflictos donde hay un desequilibrio de posiciones entre las partes. Situación esta, que acontece en las relaciones de consumo y, en especial, en las relaciones de los deudores hipotecarios con las entidades financieras.

A pesar de ello, parece meridianamente claro que la intervención del tercero en la negociación asistida difiere de la del mediador. A nuestro juicio, en la negociación asistida, el tercero va a realizar más una función de asesoramiento y guía de una de las partes, esto es, pone en entredicho el cumplimiento de los requisitos de independencia e imparcialidad que debe regir en la mediación *stricto sensu*. Sin que ello suponga la vulneración de dichos principios, dado que dicha función encuentra su fundamento en la protección del consumidor, parte débil de la relación de consumo.

Estos rasgos distintivos de la negociación asistida pueden observarse en todo su rigor en la intermediación hipotecaria. Sin perjuicio de su posterior análisis pormenorizado, de ella podemos decir que posee una naturaleza *sui generis*, que ha llevado a algunos autores a sostener que es un método autónomo e independiente de la mediación de consumo<sup>277</sup>; aunque se desarrolla en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo. Si bien, en algunos puntos estamos de acuerdo con tal postura, no podemos desconocer las notas características que asemejan la intermediación hipotecaria a la mediación de consumo; de ahí, que entendamos que se trata de una modalidad especial de la mediación de consumo, dado que comparte con esta muchas de sus caracteres generales, aun siendo un método de resolución de conflictos más restrictivo. Y ello, por tres motivos:

- En primer término, porque la mediación de consumo es un método de resolución de conflictos trasladable a cualquier relación de consumo (contratos, servicios, publicidad, etc.), en tanto que la intermediación hipotecaria está prevista para un ámbito concreto de resolución de conflictos, los que derivan

---

<sup>277</sup> En este sentido, *vid.*, TAMAYO HAYA, “La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, vol. 1, (García Villaluenga/ Tomillo Urbina, coords.), Reus, Madrid, 2010, p. 243; y, BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015, p. 14.

de los contratos hipotecarios, y dentro de estos, los conflictos que derivan de la falta de pago por el deudor;

- En segundo término, porque la mediación de consumo puede solicitarse tanto a instancia del empresario, cuando se ha solicitado un arbitraje de consumo por parte del consumidor, como a instancia del propio consumidor, en tanto que la intermediación hipotecaria se desencadenará siempre a instancia del deudor hipotecario;
- Y, en tercer término, porque, sin embargo, para resolver este debate dialéctico sobre la naturaleza jurídica de la intermediación hipotecaria, sea ha de conocer que no existe un estatuto jurídico común que regule esta institución en todo el territorio nacional. Ello hace posible que en algunas comunidades autónomas se aplique la normativa relativa a la mediación de consumo. Comunidades en las que la intermediación es una modalidad especial de la mediación de consumo, mientras que en otras se regula como una institución autónoma e independiente<sup>278</sup>.

*De lege ferenda*, sería deseable que una norma estatal regulara los caracteres generales de la negociación asistida, así como los de la intermediación hipotecaria. Aunque su desarrollo se recogiera en las distintas normativas autonómicas de consumo, como ya se viene haciendo, habida cuenta de que esta modalidad extrajudicial, muy dispersa y confusa en las distintas normativas autonómicas, tenga un reconocimiento como el que ha tenido la mediación desde que se aprobara la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

---

<sup>278</sup> De ahí nuestra vacilación al explicar su naturaleza jurídica. En un primer momento, consideramos que la intermediación hipotecaria es un mecanismo diferenciado de la mediación de consumo, y así lo expusimos en: DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La intermediación hipotecaria: ¿una categoría propia de ADR?”, en *Desafíos actuales del derecho: aportaciones presentadas al II Congreso Nacional de jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas* (Valencia Saiz, dir., Sánchez-Archidona Hidalgo/Pastor García, coords), Biblioteca virtual de Derecho, Economía, Ciencias Sociales y Tesis Doctorales, Madrid, 2020, pp. 1231-1245. Reconsiderando esta cuestión más adelante, señalamos que es una modalidad especial de la mediación de consumo (*Vid.*, DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La intermediación hipotecaria como alternativa a la ejecución de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios. Especial referencia al Código de Consumo de Cataluña”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, núm. 3, 2020, p. 202). Sin embargo, finalmente, hemos concluido que, en función de la comunidad autónoma que la regule será una u otra modalidad; de ahí la necesidad de que una norma estatal regule los parámetros básicos de la intermediación hipotecaria.

De ahí, que entendamos necesario detenernos en el análisis de la negociación directa y la negociación asistida por un tercero, en dos de sus ejemplos más significativos: la reclamación de las cláusulas suelo y la intermediación hipotecaria. A nuestro entender, la primera es una negociación especial, en la que hubiera sido deseable una negociación asistida.

## **2.2. El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cláusulas suelo**

### **2.2.1. Antecedentes**

La crisis económica atravesada por España llevó al Gobierno a iniciar un gran número de medidas legislativas en materia hipotecaria, necesidad esta que se vio agudizada tras haber dictado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales numerosas resoluciones sobre la abusividad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario.

Fue precisamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, el detonante inicial para el estallido de un gran conflicto en torno a las cláusulas suelo, recogidas en la mayoría de los contratos de crédito con garantía hipotecaria celebrados entre un consumidor y una entidad financiera<sup>279</sup>.

De todos es sabido, que el Tribunal Supremo declara que las cláusulas suelo por si solas no son abusivas, siendo abusivas solo las que no cumplen con el doble control de transparencia formal y material exigido por el Derecho de la Unión Europea<sup>280</sup>. Si bien, el Tribunal Supremo no se limitó a hacer tal declaración, dado que también se pronunció *obiter dicta* sobre el alcance que cabría dar a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo abusivas.

---

<sup>279</sup> STS (Sala 1ª), núm. 241/2013, de 9 de mayo, *cit.*

<sup>280</sup> Para un mayor abundamiento sobre el control de transparencia en las cláusulas suelo y los efectos *ex tunc* que debieran haber producido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo, *vid.*, MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 115-132; y, MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal, op. cit.*, pp. 179-192. Varias son las sentencias del Tribunal Supremo de las que se extrae que la información precontractual enviada por las entidades financieras a través del correo electrónico antes de suscribir el contrato con cláusula suelo no es comprensible ni transparente, por lo que el envío de la información a través de este medio sigue sin adaptarse al control de transparencia exigido por los tribunales [SSTS (Sala 1ª), núm. 127/2019, de 4 de marzo (núm. de recurso: 1509/2016); y, núm. 128/2019, de 4 de marzo (núm. de recurso: 3409/2016)].

El Tribunal Supremo, en contra de la teoría general de los efectos que se predicán sobre la nulidad de pleno derecho (efectos *ex tunc*), sostuvo en esta sentencia, que en atención a los graves perjuicios económicos para las entidades bancarias que tal declaración pudiera producir, y dado que las entidades demandadas habían actuado con buena fe, la declaración de nulidad de la cláusula suelo habría de producir efectos *ex nunc*, esto es, los efectos propios de la anulabilidad.

En efecto, el Tribunal Supremo sostuvo que la declaración de nulidad no afectaría ni a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos efectuados antes de la fecha en la que se dictó la sentencia. Así, el Supremo marcó una doctrina<sup>281</sup>, que más tarde se aplicaría en resoluciones posteriores. Sin embargo, esta doctrina no se aplicó de forma homogénea por todos los juzgados y Audiencias Provinciales<sup>282</sup>.

Tanto es así, que dio lugar al planteamiento de varias cuestiones prejudiciales, dando lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corrige la línea seguida por nuestro Tribunal Supremo, indicando que nuestros tribunales debían abstenerse de aplicar la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, dado que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión, haciendo hincapié en el principio primacía de este<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> En este sentido, la STS (Sala 1ª), núm. 139/2015, de 25 de marzo (núm. de recurso: 138/2014), en la que el Tribunal Supremo hizo extensiva la interpretación de las acciones individuales de la Sentencia de 9 de mayo, en el contexto de una acción colectiva. Para un mayor abundamiento sobre las distintas opciones abordadas por nuestros tribunales a la hora de abordar la relación existente entre el proceso colectivo por las entidades legitimadas y el proceso instado por el consumidor individual, *vid.*, BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, *op. cit.*, pp. 84-92.

<sup>282</sup> En parecidos términos, AGÜERO ORTÍZ, A., “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias provinciales”, en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, p. 3.

<sup>283</sup> STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, *Gutiérrez Naranjo/CajaSur Banco*, C-307/15, *BBVA/Banco Popular* y C-308/15 *Irlés López/Torres Andreu*. Especial mención merece la investigación que realiza la autora Bonachera Villegas en cuanto a la legitimación activa, las acciones de representación ejercitadas por una asociación de consumidores y usuarios en sede judicial, los efectos frente a terceros que no son parte en el proceso, así como las distintas opciones abordadas por nuestros tribunales a la hora de abordar la relación existente entre el proceso colectivo por las entidades legitimadas y el proceso individual instado por el consumidor (BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, pp. 1-146).

Señala también, por otra parte, que las disposiciones relativas a la protección de los consumidores contenida en la Directiva sobre cláusulas abusivas exigen del juez que la aprecie deducir todas las consecuencias que de ella se deriven sin esperar a que el consumidor solicite la nulidad de aquella cláusula abusiva (*ex cdo. 59*). De hecho, «*al Juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores*» (*cdo. 60*).

En definitiva, las conclusiones a las que llega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva sobre cláusulas abusivas debe entenderse en el sentido de que cuando una cláusula contractual sea declarada abusiva, no podrá desplegar ningún tipo de efectos frente al consumidor, por lo que supondrá la restitución del mismo a la situación en la que se encontraba antes de existir dicha cláusula (*ex cdo. 61*)<sup>284</sup>.

Al mes de ser dictada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en previsión de la avalancha de demandas solicitando el reembolso de las cláusulas suelo, surge la urgente necesidad de crear un mecanismo eficaz que evitará el previsible colapso judicial, dictándose el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo<sup>285</sup>. Como objetivo declarado del citado Real Decreto Ley, se señalaba la creación de un mecanismo sencillo y voluntario para el consumidor que posibilite los acuerdos con las entidades financieras con las que tenga suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria (*ex art. 1*).

Siendo ello así, podría ser catalogado como un tipo de negociación. Sin embargo, este mecanismo goza de poca voluntariedad, por lo menos en cuanto al consumidor respecta, puesto que de no acudir a él tiene importantes repercusiones en lo que a costas procesales

---

<sup>284</sup> De hecho, la sentencia indica que ello fue lo que llevó al Supremo a modificar la línea doctrinal que desde el momento se había estado aplicando: «*la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013*» (*cdo. 72*).

<sup>285</sup> Convalidado por el Congreso de los Diputados por Resolución de 31 de enero de 2021 (BOE, núm. 32, de 7 de febrero de 2017).



se refiere, para los supuestos en los que opte por acudir directamente a los tribunales. Además, la eficacia de este método extrajudicial de resolución de conflictos, con el paso del tiempo, hemos podido constatar que está en tela de juicio, porque no ha evitado el colapso de los tribunales. Y ello, porque en un elevado porcentaje de asuntos, las entidades financieras se han negado a devolver todo o parte de lo cobrado en concepto de cláusula suelo. Siendo este el resultado, no extraña que la doctrina, con buena lógica, considere que este mecanismo no ha conseguido paliar el enigmático y complejo panorama que engloba la declaración de abusividad de las cláusulas suelo.

### **2.2.2. Insuficiencias detectadas en la norma**

En este apartado vamos a estudiar los problemas prácticos que plantea la regulación de este procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, poniendo de relieve que, a nuestro juicio, este mecanismo solo ha conseguido demorar que el consumidor recobre dichas cantidades cobradas.

#### **A) La regulación por el procedimiento de urgencia**

Una de las críticas que se ha formulado al mecanismo de reclamación extrajudicial de las cláusulas suelo es la técnica legislativa empleada en su regulación. El Gobierno español, al elaborar el Real Decreto Ley, justificó su utilización argumentando la extraordinaria y urgente necesidad de arbitrar un cauce sencillo, rápido y de carácter voluntario para los consumidores a través del cual evitar una avalancha de demandas, esto es, justificaba el Real Decreto Ley en la necesidad coyuntural de este mecanismo, cumpliéndose el presupuesto habilitante del artículo 86 de la Constitución. Sin embargo, no está tan claro que tal presupuesto concurriera, significativo de este extremo, es el recurso de inconstitucionalidad número 1960-2017, presentado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados<sup>286</sup>, que estima la falta de concurrencia del supuesto habilitante para aprobar esta norma con rango de ley.

---

<sup>286</sup> Admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional (providencia de 9 de mayo de 2017).

Sin pretender resolver esta cuestión, porque desborda el ámbito de nuestro conocimiento, queremos dejar constancia de que la norma posiblemente no ha respetado el presupuesto habilitante para la aprobación de este tipo de normas, además de no estar precisamente pensada para proteger a los consumidores en sus relaciones con las entidades financieras, sino simplemente con la finalidad de evitar el colapso de la vía judicial, cambiando de manera exprés el régimen de condena en costas de nuestro proceso civil. Situación esta, que si cabe puede aumentar la desprotección del consumidor, habida cuenta que le obliga a acudir a esta vía por el temor al pronunciamiento en costas, si es que quiere obtener a su favor una condena, previsible condena en costas que queda desvirtuada con un mero allanamiento parcial por parte de la entidad financiera demandada.

No obstante, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 septiembre de 2021, viene a dar luz a esta duda, y declara que la norma sí se adopta conforme a los criterios de extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 de la Constitución Española<sup>287</sup>.

## **B) Ineficacia de la publicidad**

El segundo problema que plantea la norma es la ineficacia del sistema publicitario en ella establecido, pues deja a voluntad de las entidades financieras el sistema de publicidad que pueden seguir, para dar a conocer este procedimiento a sus consumidores (*ex art. 3.1*). Por otra parte, la Disposición adicional segunda, también establece la obligación de las entidades financieras de poner a disposición de los consumidores, las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del procedimiento extrajudicial, sin indicar nada de cómo hacer llegar tales medidas a los consumidores.

Así pues, la regulación es cuanto menos parca en la forma de publicidad, limitándose a señalar que esta ha de ser suministrada por las entidades financieras. Ello significa que esta obligación de información puede cumplirse de cualquier modo, sea a través de las oficinas abiertas al público o en de sus páginas web, pudiendo optar por cualquier medio de publicidad que se estime más oportuno. Y es que, no es lo mismo designar a una

---

<sup>287</sup> Para un mayor abundamiento sobre los motivos por los que el Tribunal Constitucional estima que sí concurren dichos presupuestos *vid.*, STC (Pleno), núm. 156/2021, de 16 de septiembre (núm. de recurso: 1960/2017).

persona concreta para contactar con los consumidores afectados, enviar una carta certificada al domicilio del consumidor, que publicitar en las páginas web esta información<sup>288</sup>. Con cualquiera de los tres sistemas de publicidad, la entidad bancaria cumpliría la obligación impuesta por la norma, pero no garantiza el éxito de la información.

Pero es que, además, la norma tampoco regula nada más que la obligación de las entidades de crédito de dar a conocer el sistema de reclamación en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la norma<sup>289</sup>. Ello deja huérfano de regulación, aspectos tan importantes de la publicidad, como es el contenido de la reclamación, dado que no regula ningún requisito de esta. Ello se ha traducido en una multitud de modelos de reclamación, al quedar a la voluntad unilateral de las entidades financieras como implementar sus respectivos impresos de reclamaciones.

Consideramos que el legislador debería haber establecido unos mínimos; pues tal y como está regulado el sistema de información, y el formulario de reclamación, puede provocar grandes desigualdades entre los consumidores en atención a la entidad de crédito reclamada. Hubiera sido, por tanto, de agradecer un procedimiento uniforme de publicidad o, al menos, un impreso normalizado para todas las entidades financieras<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> En parecidos términos, ADÁN DOMÈNECH, F., “Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo” en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 116, núm. 1, 2017, p. 5; y, CONDE FUENTES, J., “El procedimiento extrajudicial para la restitución de cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, “El procedimiento extrajudicial para la restitución de cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, en *Revista de Derecho Civil*, 2017, núm. 1, p. 223.

<sup>289</sup> En el mismo sentido, LAFUENTE TORRALBA, A.J., “Análisis crítico del Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; mucho ruido y pocas nueces” en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (Alonso Pérez, dir.), Aranzadi, Navarra, 2018, p. 93.

<sup>290</sup> A falta de un impreso normalizado para todas las entidades financieras, Adán Domènech considera que hubiera bastado con incluir un anexo oficial al Real Decreto Ley 1/2017 con los siguientes datos: “Identificación de la persona del solicitante, 2.- Identificación de la entidad de crédito, 3 La petición expresa de ser restituido por la cantidad íntegra de las cantidades, más los intereses correspondientes. A este escrito, deberá adjuntarse la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario y, en todo caso, de haberse efectuado, la notificación por parte del banco de su identificación como perjudicado”. ADÁN DOMÈNECH, F., *ibidem*, p. 6.

### **C) La potestad resolutoria de la entidad financiera**

La norma establece un plazo de 3 meses para que la entidad resuelva la reclamación presentada por el consumidor. Son tres las aptitudes que puede adoptar la entidad financiera ante la reclamación, lo que abre un abanico de posibilidades:

- De un lado, la entidad financiera puede aceptar la reclamación en su conjunto, estimando que existe una cláusula suelo y el cálculo efectuado por el consumidor. O, puede estimar que existe dicha cláusula suelo, efectuando ella el cálculo de las cantidades a devolver, ya sea porque el consumidor no las ha determinado en su reclamación o porque no estuviera de acuerdo con el cálculo que aquel efectuó. En estos dos últimos supuestos, una vez realizado el cálculo deberá comunicar al consumidor las cantidades que está dispuesta a devolver, y si el consumidor está de acuerdo con el cálculo, se le indicará el modo de devolución del efectivo, pudiendo acordarse que las cantidades a devolver sean compensadas con la obligación de pago del capital de amortización de la hipoteca que reste por abonar. También, puede darse el caso, de que el consumidor rechace el cálculo efectuado por la entidad financiera, en cuyo supuesto quedaría expedita la vía judicial.
- De otro lado, la entidad financiera puede rechazar la reclamación presentada por el consumidor, dándose por concluido el procedimiento extrajudicial, en cuyo caso, al consumidor solo le quedaría presentar demanda frente a la entidad financiera. Sorprende que al adoptar esta decisión no se obligue a la entidad a ofrecer motivación alguna; actuando como juez y parte, sin dejar margen alguno a la negociación. Y, sorprende más, teniendo en cuenta, las consecuencias que tiene para el consumidor no acudir a esta vía extrajudicial. Ello, sin duda alguna, redundaría en la crítica de este método de resolución de conflictos; y,
- Finalmente, la entidad financiera puede guardar silencio, este silencio se entiende como una desestimación tácita de la reclamación del consumidor. Ello acontece en dos situaciones: cuando dejaré de contestar a la reclamación en el plazo de 3 meses; o, cuando en igual plazo, no pusiere a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.

Parece que la entidad financiera actúa más bajo el principio de autotutela pública, que se predica de las Administraciones Públicas a la hora del ejercicio del “silencio

administrativo”, pues la norma no obliga a las entidades financieras a atender las reclamaciones. Ello ha provocado, como no, una profunda crítica de este método de resolución de conflictos, pues no es entendible que no proceda la imposición de algún tipo de sanción o medida coercitiva sobre la entidad financiera para que, al menos, se viera compelida a resolver expresamente, teniendo en cuenta la consecuencia que tiene para el consumidor no acudir a esta reclamación antes de acudir a la vía judicial.

Una vez más, se puede apreciar un cierto desequilibrio en la protección que la norma dispensa al consumidor y a las entidades financieras, que deja patente que la única finalidad del Real Decreto Ley era evitar la saturación de la Administración de Justicia, sin alterar en demasía a las poderosas entidades financieras y crediticias.

#### **D) Dudas que plantea su naturaleza jurídica**

El sistema de reclamaciones previsto por el Real Decreto Ley podría definirse como un código de buenas prácticas de adhesión voluntaria para los bancos, cuya finalidad es acelerar el procedimiento de negociación entre los consumidores afectados por las cláusulas suelo y las entidades bancarias, en tanto que, para el consumidor, es un trámite previo que ha de seguir a la vía judicial civil. Y, es que, aunque puede evitar el litigio, no es un método extrajudicial de resolución de conflictos encuadrable en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, pues debemos recordar que aquella deja fuera de su ámbito de aplicación la negociación directa o cualquier otro sistema que no se desarrolle ante un tercero acreditado [(art. 3.2 a)].

En apariencia, lo que el Gobierno español pretende con el Real Decreto Ley es reforzar la negociación entre las partes, al objeto de evitar la saturación de nuestra Administración de Justicia. Sin embargo, la negociación como método voluntario de resolución de conflictos se ve desnaturalizada en este caso, dado que el único que se ve compelido a este método de resolución es el consumidor, que de no acudir a este mecanismo, si no quiere verse perjudicado en una eventual sentencia de condena, en tanto que no se obliga a las entidades bancarias ni a resolver ni a motivar la desestimación de la reclamación presentada por el consumidor.

Algo sumamente criticable, porque si verdaderamente se trataba de dar respuesta de manera rápida y efectiva a las avalanchas de demandas presentadas por los consumidores, se debería de haber establecido algún mecanismo que garantizase un cierto equilibrio entre las partes. En este punto, consideramos que la norma podría haber tenido en cuenta la inclusión de la figura de un tercero, mediador o intermediador, que equilibrase las posiciones contrapuestas de las partes. Bastaba con exigir, el intento de intermediación hipotecaria en la reclamación de las cláusulas suelo, pues qué mejor método que acudir a un mecanismo ya establecido en el seno de la Junta Arbitral de Consumo, que garantiza la intervención de un tercero, imparcial, que informa al consumidor de sus derechos. Sin este tercero, no es de extrañar que el consumidor acepte el “acuerdo” ofrecido por la entidad financiera, ante el desconocimiento y el temor de no ver satisfecho su derecho en vía judicial.

#### **E) Dudas que plantea el ámbito de aplicación**

El Real Decreto Ley presenta ciertas dudas en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. El ámbito subjetivo de aplicación de la ley queda determinado por los sujetos que pueden ser parte de la negociación, que aparecen en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria como titulares del mismo, esto es, el prestatario/consumidor y la entidad financiera/prestadora. Siendo así, el ámbito subjetivo de la norma, como ocurre con otras normas que afectan a los consumidores y usuarios, viene determinado por el concepto legal de «*consumidor*». Es el apartado 2º del artículo 2, el que precisa qué se entiende por tal, al hacer referencia a las personas físicas consumidoras que reúnan los requisitos señalados en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

Así pues, en principio, pueden reclamar las cláusulas suelo solo las personas físicas que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula suelo. Normalmente, dicho préstamo tendrá por finalidad la adquisición de una vivienda<sup>291</sup>, aunque también puede dirigirse a financiar su construcción, ampliación o rehabilitación. El inmueble hipotecado ha de estar destinado a vivienda habitual, como sucede en la

---

<sup>291</sup> El término vivienda ha de entenderse en sentido amplio, incluyendo garajes, trasteros o cualquier otro habitáculo habitacional si aparecen como anejos inseparables de la vivienda en la escritura de constitución de la hipoteca.

mayoría de los casos, o a segunda residencia, y no podrá estar destinado a uso comercial, oficinas, o locales de negocios, ni a la adquisición de terrenos, o promociones inmobiliarias<sup>292</sup>. Como tampoco puede estar destinado el préstamo, a la reflotación de la empresa o negocio del prestatario<sup>293</sup>, dado que el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, es claro al restringir el concepto de consumidor de las personas físicas, dejando fuera de este concepto, los contratos que se realicen en el ámbito comercial, empresarial, oficio o profesión.

Resulta cuanto menos contradictorio que, a la hora de precisar qué se entiende por consumidor, el Real Decreto Ley se remita al artículo 3 del Texto Refundido en su conjunto, dado que dicho precepto es significativamente más amplio que el artículo 2.2 del Real Decreto Ley. Y es que, aquel precepto no solo incluye a las personas físicas, sino también a las jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica, que reúnan una serie de requisitos.

De hecho, autores como, Adán Domènech y Conde Fuentes son contrarios a la exclusión de las personas jurídicas del ámbito de aplicación del Real Decreto Ley, pues esta exclusión resulta contradictoria con lo señalado en Ley 1/2007, e, incluso con la interpretación de lo que nuestros tribunales consideran consumidor<sup>294</sup>.

Olvido este del Gobierno, que nos planteamos, si ha podido ser intencionado, es decir, que posiblemente se pretendía someter a esta negociación, únicamente, un tipo de reclamaciones, las presentadas por los consumidores personas físicas, que por otra parte son los que normalmente no cuenta con asesoramiento jurídico, y son más proclives a aceptar la oferta de la entidad bancaria.

---

<sup>292</sup> En este sentido, *vid.*, el AAP de Gerona (Sección 1ª), de 29 de junio de 2016 (núm. de recurso: 719/2015); y, AAP de Barcelona (Sección 14ª), de 29 de junio de 2016 (núm. de recurso: 127/2016).

<sup>293</sup> En este sentido, la SAP de Salamanca (Sección 4ª), de 30 de julio de 2014 (núm. de recurso: 442/2014).

<sup>294</sup> En este sentido, ADÁN DOMÈNECH, F., “Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *op. cit.*, p.2; CONDE FUENTES, J., “El procedimiento extrajudicial para la restitución de cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, *op. cit.*, p. 223; DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “Problemas prácticos a la luz del Real Decreto Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 144, 2020, p. 5; y, MORENO GARCÍA, L., “La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, núm. 9956, 2021, p. 6.

El ámbito tan restrictivo de la norma provoca, por otra parte, serias dudas en algunos supuestos. Así, por ejemplo, piénsese en un profesional que hipoteca una vivienda en parte destinada a su actividad profesional, y en parte, destinada a vivienda habitual<sup>295</sup>. En estos supuestos, entendemos que será de aplicación la jurisprudencia que entiende por consumidor a aquel prestatario que haga un uso profesional ínfimo de la vivienda hipotecada<sup>296</sup>.

Otro de los supuestos que puede plantear serias dudas es aquel en el cual el comprador hipotecante destina inicialmente a vivienda el bien hipotecado para más tarde arrendarla. En este sentido, entendemos que será consumidor, siempre que no realice arrendamientos de forma habitual, esto es, que no se dedique habitualmente a la compra de vivienda para alquiler<sup>297</sup>.

Todas estas dudas han llevado a que finalmente, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 16 de septiembre de 2021, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, haya declarado nulo e inconstitucional el inciso «*personas físicas*» del artículo 2.2 del Real Decreto Ley. El Pleno del Tribunal justifica la inconstitucionalidad del precepto en atención al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española. Inconstitucionalidad, que deriva de la falta de justificación objetiva, razonable y proporcionada de la exclusión de 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 (*ex art. 3 LGDCU*).

---

<sup>295</sup> Este profesional puede estar afectado por una cláusula suelo que ha de reputarse nula. En este sentido, *vid.*, la STJUE (Sala 4ª), de 3 de septiembre de 2015, *cit.*

<sup>296</sup> STJCE (Sala 1ª), de 20 de enero de 2005, asunto C-412/03, *Hotel Scandic Gåsabäck AB/Riksskatteverket*.

<sup>297</sup> SAP de Madrid (Sección 4ª), núm. 121/2015, de 3 marzo (núm. de recurso: 150/2014); y, SAP de Badajoz (Sección 2ª), núm. 192/2021, de 17 de febrero (núm. de recurso: 1261/2018). Ha de indicarse que el Tribunal de Justicia ha cambiado varias veces la interpretación del concepto de consumidor. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª), de 3 de septiembre de 2015, asunto 110/14 (*cit.*) señala que, para distinguir entre consumidores y profesionales lo determinante no son las condiciones subjetivas del contratante, sino el destino de la operación, por ello el juez nacional deberá tener en cuenta todas las circunstancias del supuesto que determine con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato y, concretamente, la naturaleza de dicho bien o servicio. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2ª), de 14 de febrero de 2019 (*cit.*) vuelve a cambiar el criterio e insiste en que el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación solo con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este. La citada sentencia no añade en función de la situación subjetiva de dicha persona, puesto que una misma persona puede ser considerada consumidora respecto de ciertas operaciones y, al tiempo, operadora económica respecto a otras. Ello quiere decir que solo los contratos celebrados independientemente de cualquier actividad profesional, con la finalidad de satisfacer las propias necesidades privadas de un sujeto, entra dentro del ámbito de aplicación del concepto de consumidor.



De hecho, el Tribunal Constitucional se remite a un aspecto al que ya hicimos referencia, y que viene referido al concepto de consumidor contenido en la Directiva sobre cláusulas abusivas. Concepto, al que el legislador español otorgó un nivel de protección más alto que el legislador europeo, por lo que una vez ampliado en nuestras normas nacionales de transposición, resulta inconstitucional que sin una justificación objetiva y razonable se excluya a ciertos consumidores del ámbito subjetivo de aplicación, pues tanto las personas físicas como los entes sin personalidad jurídica pueden encontrarse en la misma situación objetiva que prevé la norma<sup>298</sup>, pues de lo contrario, «*tendrán que acudir necesariamente a la vía judicial como vehículo para dar curso a sus reclamaciones frente a las entidades bancarias*» (FJ 8).

Por otra parte, en lo que respecta al ámbito objetivo de aplicación del Real Decreto Ley, viene doblemente determinado: por el tipo de préstamo sobre el que recaerá la negociación, pues ha de tratarse de un contrato de préstamo hipotecario, con lo cual queda fuera de su ámbito de aplicación los préstamos personales y los préstamos con garantía no hipotecaria; y, además, por el concepto de cláusula suelo que ha de estar insertada en dicho contrato, considerando como tal: a cualquier estipulación incluida en el contrato de préstamo con hipoteca variable, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato (*ex art. 2.3*).

A nuestro juicio, la delimitación de la norma es insuficiente, toda vez que ofrece un concepto muy genérico de cláusula suelo, sin pronunciarse sobre cuáles cláusulas podrían ser reputadas nulas por abusivas. Y es que, deja a la libre apreciación de la entidad bancaria la determinación de qué cláusulas de sus contratos han de reputarse como tal y cuáles no. No podemos olvidar la jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Supremo, que señala que las cláusulas suelo por sí solas no son nulas, pues solo serán nulas por abusivas aquellas cláusulas que no cumplen el control de transparencia material<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> MORENO GARCÍA, L., “La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>299</sup> Los parámetros para determinar si una cláusula es abusiva viene determinados por la Sentencia de 9 de mayo de 2013, y recogidos en el apartado III del preámbulo del Real Decreto Ley. Y son: «*la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; su eventual ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual y la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad*» [STS (Sala 1ª), núm. 241/2013, de 9 de mayo (*cit.*) y, STS (Sala 1ª),

Ello ha traído consigo que sistemáticamente, la mayoría de las entidades bancarias se nieguen a negociar con sus consumidores, alegando que sus cláusulas suelo no son nulas, pues cumplen con el control de transparencia material<sup>300</sup>. La consecuencia que se deriva de ello es que no todas las cantidades que han sido pagadas por los consumidores por una cláusula suelo han sido reclamadas, sea por desconocimiento de esta vía judicial o porque se dan por perdidas dichas cantidades. Y las que se han reclamado, no siempre ha concluido con un éxito para el consumidor, pues para que proceda la devolución de dichas cantidades, la entidad bancaria ha de reconocer expresamente que incluyó en sus contratos una cláusula no transparente<sup>301</sup>. No es infrecuente que aquellas entidades consideren que sus cláusulas suelo eran fácilmente entendibles por el consumidor dado el nivel cultural de aquel<sup>302</sup>, rechazando la petición de devolución de las cantidades reclamadas, e incluso, sin llegar a pronunciarse en esta vía extrajudicial.

En este punto, cabe deducir que el éxito del procedimiento extrajudicial no depende tanto del consumidor, como de la entidad financiera, que va a ser la que determine si efectivamente se puede llegar a un acuerdo extrajudicial. Una vez más, el consumidor queda a disposición de la buena fe con la actúe la entidad bancaria. Por ello, compartimos la opinión de que el legislador ha desaprovechado la posibilidad de legislar a favor del consumidor; parte débil de la relación jurídica de consumo, dejando en manos de las entidades financieras, la elección de discutir en juicio la bondad jurídica de sus cláusulas contractuales<sup>303</sup>.

El Real Decreto, por otra parte, tampoco hace alusión a la posibilidad de que, en vía extrajudicial, el consumidor que tiene inserta una cláusula suelo, pretenda reclamar la abusividad de varias cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario. Nos referimos, por ejemplo, a la posibilidad de que el consumidor acumule en la reclamación extrajudicial de las cantidades cobradas en concepto de cláusulas suelo, la reclamación

---

núm. 139/2015, de 25 de marzo (núm. de recurso: 138/2014), que viene a redundar en lo dicho en la de 2013].

<sup>300</sup> En el mismo sentido, CONDE FUENTES, J., “El procedimiento extrajudicial para la restitución de cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, *op. cit.*, p. 223.

<sup>301</sup> *Vid.*, ADÁN DOMÈNECH, F., “Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *op. cit.*, p.2.

<sup>302</sup> En este sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, I. y SÁNCHEZ GARCÍA, J., “Comentarios al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, en *Revista de Derecho vLex*, núm. 152, 2017, p.2.

<sup>303</sup> ADÁN DOMÈNECH, F., *ibidem*, p. 3; y, CONDE FUENTES, J., *ibidem*, p. 223.

de los gastos de formalización de la hipoteca o reclamando la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Sin embargo, su alegación puede dar lugar a que el banco desestime la reclamación, incluso, pudiendo darse el caso de que la entidad financiera no responda en el plazo señalado, apoyándose en un eventual proceso judicial en el que se está juzgando sobre rales peticiones.

De ahí, que en los supuestos en los que el consumidor pretenda impugnar varias cláusulas de su contrato hipotecario por abusivas, debe acudir necesariamente a la vía judicial, dado que la entidad financiera no va a acceder al pago de las cantidades de todas las acciones pretendidas por el consumidor.

Y, aunque puede haber un reconocimiento parcial de la deuda, por el concepto de la cláusula suelo, pero ello no evitará que el consumidor deba acudir necesariamente a la vía judicial para reclamar las otras cláusulas abusivas que hayan sido insertas en el contrato.

A mayor abundamiento, puede darse el supuesto de que la contestación por parte de la entidad financiera sea extemporánea, esto es, que responda pasados los 3 meses que señala la norma, y nada señala el Real Decreto al respecto. En este punto, sería deseable que se estableciera un sistema de sanciones para las entidades que no responden a la reclamación, o que lo hacen de forma extemporánea.

## **F) Efectos de la reclamación sobre los procesos judiciales**

Como ya se ha dicho anteriormente, en el ánimo del Gobierno al elaborar de forma exprés este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos estaba evitar en la medida de lo posible la previsible la saturación de la Jurisdicción, ante la más que probable avalancha de reclamaciones de cantidad basadas en las cláusulas suelo. Este objetivo no solo se pretendía lograr a través de la modificación del régimen general de la condena en costas, sino también de la eficacia que el Real Decreto Ley da a la reclamación que en él se establece. Y es que, da importantes efectos jurídicos a la reclamación presentada por el consumidor ante la entidad financiera, efectos estos que se proyectan sobre la propia existencia del proceso judicial, y que como veremos, pueden ponerse en tela de juicio.

De un lado, se prevé que, iniciado el procedimiento de reclamación extrajudicial, mientras este dure, no se podrá iniciar acciones judiciales o extrajudiciales con igual objeto al contenido en la reclamación; de otro, se señala que, de presentarse demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento, el proceso judicial ha de quedar en suspenso hasta la resolución de la reclamación previa (art. 3.6).

Parece que en el ánimo del Gobierno estaba asimilar los efectos de la presentación de la reclamación de la cláusula suelo, a los que produce la iniciación de un procedimiento de mediación. O, al menos, eso podría deducirse de la comparación de la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley<sup>304</sup> en relación con la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en la que se señala que:

*«Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de esta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle esta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».*

Sin embargo, esa asimilación presenta, a nuestro juicio, algunos problemas técnicos. Y es que, si bien la Ley 5/2012 modificó el tenor del artículo 63 de la LEC, para prever la interposición de la declinatoria de jurisdicción por el sometimiento de la cuestión litigiosa a mediación, el Real Decreto Ley, no ha hecho lo propio, por lo tanto técnicamente nada impediría el ejercicio de la acción civil, todo lo más, que impediría es un pronunciamiento judicial, en tanto y en cuanto no haya una resolución por la entidad financiera (estimando o desestimando la reclamación del consumidor) o haya transcurrido el plazo legal de tres meses para que aquella resuelva la reclamación.

---

<sup>304</sup> En concreto cuando se señala que: *«El principio inspirador del mecanismo que se pone en marcha es la voluntariedad a la hora de acceder a un procedimiento de solución extrajudicial con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, sin coste adicional para el consumidor e imperativo de atender por parte de las entidades de crédito. Dicha voluntariedad consigue evitar un posible conflicto con una interpretación exigente del derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24 de la Constitución Española. No obstante, se prevé que, durante el tiempo en que se sustancie la reclamación previa, las partes no podrán ejercitar contra la otra ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con el ánimo de evitar prácticas de mala fe que solo persiguieran desde un primer momento entablar acciones judiciales».*

Por otro, es más que discutible los efectos que el Gobierno ha querido dar a presentación de la reclamación de las cláusulas suelo, pues estos efectos pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva e incluso el derecho a la igualdad. Y es que, mientras que el inicio del procedimiento de mediación no impide a las partes acudir al proceso judicial, dado que pueden abandonar aquel procedimiento en cualquier momento (cuando la mediación se ha intentado sin efecto); la reclamación a la entidad financiera de la cláusula suelo, si impide a una de las partes acudir al proceso, al consumidor, en tanto que para la entidad financiera no produce más consecuencia que incurrir en mora, si es que el consumidor finalmente decide acudir al proceso y, si es que obtiene una sentencia de condena a su favor<sup>305</sup>.

Por otra parte, si bien los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo, por aplicación de la Ley 7/2017, permiten que las partes de común acuerdo soliciten la suspensión del proceso judicial conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4). El Real Decreto Ley, no contiene igual previsión, respecto a quién, cómo y cuándo se puede solicitar y acordar tal suspensión.

A falta de regulación expresa, cabe plantearse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula los actos de disposición sobre el objeto del proceso y la suspensión del mismo<sup>306</sup>. Si bien, la aplicación de este precepto plantea algunos inconvenientes, pues la suspensión que aquel regula se ha de solicitar por ambas partes, en tanto que entendemos que en el supuesto estudiado se hará valer a instancia de la entidad financiera demandada. También plantea dudas en relación con el plazo máximo de suspensión, dado que el artículo 19.4 sanciona un plazo máximo de 60 días, en tanto que el Real Decreto Ley dispone un plazo de tres meses para que la entidad financiera resuelva la reclamación, transcurrido dicho plazo quedará expedita la vía judicial.

---

<sup>305</sup> Cfr., Verónica del Carpio en su blog «El bosque y los árboles». Disponible en línea: <https://veronicadelcarpio.wordpress.com/2017/01/23/rdl-clausula-suelo/> (consulta: 20 de febrero de 2018).

<sup>306</sup> El artículo 19.4 establece que «*las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días*».

Siguiendo a Conde Fuentes, este inconveniente se puede salvar haciendo una interpretación flexible de ambas normas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 179.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala la posibilidad de suspender el proceso por acuerdo entre las partes<sup>307</sup>.

### **G) Las medidas compensatorias distintas de la entrega en efectivo**

La Disposición adicional segunda ha previsto un mecanismo alternativo a la terminación del procedimiento con la devolución en efectivo de las cantidades cobradas en los supuestos en los que el consumidor acepte la cantidad ofrecida por la entidad bancaria, que consiste en la compensación de créditos a cambio de no devolver el efectivo cobrado indebidamente por la cláusula abusiva inserta en el contrato.

Para que esa compensación se produzca se deben dar un conjunto de requisitos: en primer término, la entidad financiera debe suministrar al consumidor reclamante una valoración de las cantidades a devolver que le permita conocer el efecto de la medida compensatoria propuesta, y concederle un plazo de 15 días para que manifieste su conformidad a la compensación. Nada dice la norma sobre qué detalle de información se ha de dar sobre la medida compensatoria, ni sobre los efectos que tiene para el consumidor no acogerse a la medida propuesta. La norma se limita a señalar que la aceptación no ha de ser verbal, sino manuscrita y en un documento aparte, en el que conste el cumplimiento del plazo de información.

En este punto la norma vuelve a dejar desprotegido a los consumidores, puesto que deja a merced de las entidades finalidad la determinación de cómo compensar, sin establecer medida sancionadora alguna, para aquellas entidades que no cumplan con lo acordado en cuanto a la compensación.

---

<sup>307</sup> En concreto ese precepto señala que: «*el curso del procedimiento se podrá suspender de conformidad con lo que se establece en el apartado 4 del artículo 19 de la presente ley, y se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, el secretario judicial acordará archivar provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia*» (art. 179.2 LEC).

## **H) Efectos de la resolución de la reclamación, y la viabilidad de un monitorio en esta materia**

El Real Decreto Ley 1/2017 tampoco hace alusión a los efectos que cabe dispensar a la resolución de la reclamación por parte de la entidad financiera. Sobre todo, en aquellos supuestos en los que se haya estimado la reclamación y el consumidor esté de acuerdo con la devolución de las cantidades calculadas por la entidad financiera, pero no se proceda a la devolución de dichas cantidades en el plazo legal señalado.

Si verdaderamente, la intención del legislador era descongestionar nuestros tribunales civiles, se podría haber establecido que dicho acuerdo constituyera un título ejecutivo para el consumidor, sea asimilado al judicial, como sucede con el acuerdo de mediación elevado a escritura pública, o extrajudicial, a modo de otros reconocimientos de deuda extrajudiciales, por vía de lo dispuesto en el artículo 517.2. 9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite iniciar ejecución forzosa, en virtud de títulos ejecutivos extrajudiciales señalados en otras leyes.

Y es que, reconocida la obligación de devolución de lo cobrado en virtud de una cláusula suelo por la entidad financiera, en aquellos supuestos en los que no se proceda a la devolución en el plazo de 3 meses, el consumidor se verá obligado a iniciar un proceso declarativo posterior.

En este sentido, la única solución que se nos ocurre para dar una rápida respuesta a la pretensión declarativa del consumidor no es que inicie el proceso declarativo ordinario que corresponda, sino un procedimiento monitorio ordinario. A nuestro entender, nada impediría tal procedimiento, dado que se cumplen todos los requisitos establecidos por el artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: se trata de una deuda líquida, porque las cantidades a devolver fueron calculadas por la entidad financiera requerida; vencida y exigible, pues ha transcurrido los tres meses legalmente establecidos para la entrega efectiva, al tiempo, que la deuda consta documentalmente, en el documento remitido al

consumidor en el que le informa de la estimación de la reclamación y el cálculo de las cantidades a devolver<sup>308</sup>.

### **I) La excepción al criterio de vencimiento en la condena en costas procesales**

No son pocos los problemas que han suscitado en la práctica la modificación tácita de los artículos 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vía de la aplicación del artículo 4 del Real Decreto Ley, que prevé un régimen especial de la condena en costas en dos supuestos: cuando el consumidor no acuda al mecanismo extrajudicial previsto en el Real Decreto Ley; o, cuando acudiendo a él, la entidad financiera se allane parcialmente a las pretensiones del demandante. Y no solo por la modificación tácita de un Régimen General para unos casos concretos, sino también porque afecta singularmente a una de las partes del contrato de préstamo hipotecario, es decir, al consumidor demandante.

Pudiera pensarse que el legislador ha optado por “beneficiar” a las entidades financieras —que son las que han incumplido la normativa española y europea sobre la protección de los consumidores y usuarios—, haciendo recaer sobre estos la carga de demandar sin que recaiga condena en costas a su favor, a pesar de vencer en juicio, dado que basta con que la demandada se allane parcialmente para que no proceda la condena en costas<sup>309</sup>.

Con la excepción de la condena en costas, lo que se logra, es forzar al consumidor a acudir al mecanismo extrajudicial —que dice ser voluntario—, si no quiere verse compelido a un pronunciamiento desfavorable de condena en costas. E, incluso así, acudiendo al mecanismo extrajudicial, nada asegura que proceda tal pronunciamiento,

---

<sup>308</sup> Para un mayor abundamiento sobre la evolución del proceso monitorio español, así como del proceso monitorio europeo, *vid.*, GÓMEZ AMIGO, L., “La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999; GÓMEZ AMIGO, L., *El proceso monitorio europeo*, Aranzadi, Navarra, 2008; GÓMEZ AMIGO, L., “Aplicaciones de la e-justicia en el proceso monitorio europeo”, en *Presente y futuro de la e-justicia en España y en la Unión Europea* (Senés Motilla, coord.), Aranzadi, Navarra, 2010; GÓMEZ AMIGO, L., “La tramitación del proceso monitorio europeo en España”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2011; GÓMEZ AMIGO, L., “La evolución del proceso monitorio: en particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 126, 2017; y, GÓMEZ AMIGO, L., “La doctrina del TJUE en el caso Bondora: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 144, 2020.

<sup>309</sup> En este sentido, la SAP de Cáceres (Sección 1ª), núm. 366/2017, de 12 de julio (núm. de recurso: 123/2016).



puesto que basta con un allanamiento parcial de la demandada, para que tal condena no proceda para la entidad financiera.

Numerosa es la jurisprudencia que hay en esta materia. Los primeros pronunciamientos que se llevaron a cabo no han sido uniformes entre los distintos órganos jurisdiccionales. Existiendo dos corrientes jurisprudenciales bien distintas en cuanto a la imposición de las costas en los procesos derivados de cláusulas suelo, pues en algunas ocasiones se han impuesto las costas al consumidor, en otras, a las entidades financieras y, en algunos no se han impuesto las costas a ninguna de las partes por existir dudas de hecho y de derecho. Estas resoluciones varían en función del órgano jurisdiccional enjuiciador, que si impone las costas al consumidor, afirma tácitamente la inexistencia de dudas de hecho y de derecho, siendo estos pronunciamientos, posiblemente, contrarios al Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Una de las resoluciones más importantes es la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2017, en la que por primera vez el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la imposición de las costas a las entidades financieras tras dictarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2016.

La entidad demandada, en este juicio, entendía que procede la exoneración de la condena en costas, esto es, la no aplicación del criterio de vencimiento objetivo, alegando que existen dudas de hecho y de derecho que imposibilitaban la aplicación de tal criterio. No obstante, este argumento fue desestimado por el Tribunal Supremo, que condenó a la entidad financiera al pago de las costas ocasionadas tanto en la primera instancia como en el recurso de apelación<sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> STS (Sala 1ª), núm. 419/2017 de 4 de julio (núm. de recurso: 2425/2015). Para un mayor abundamiento sobre esta sentencia, *vid.*, VALLINES GARCÍA, E., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 (419/2017). Costas en litigios sobre cláusulas suelo y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina* (Yzquierdo Tolsada, coord.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 309-324; y, VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Las costas procesales de primera y segunda instancia en los casos de cambio jurisprudencial motivado por la doctrina del TJUE, Comentario a la Sentencia de Pleno, de 4 de julio”, en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2017; y, BONACHERA VILLEGAS, R., “Las costas a favor del consumidor”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021, p. 4.

También resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2017, una vez que entró en vigor el Real Decreto Ley, que también condenó a la entidad financiera al pago de las costas<sup>311</sup>.

Como hemos señalado, también hay “jurisprudencia menor” que condena a la demandada al apreciar que existe mala fe que deduce de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria<sup>312</sup>.

Pronunciamientos estos, que han encontrado reflejo en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2021, que ha venido a resolver esta cuestión, estimando el recurso de casación interpuesto por un consumidor, y que condena en costas a la entidad financiera habiéndose allanado antes de la contestación a la demanda, al entender que existe mala fe, dado que previamente no atendió la reclamación previa presentada por el consumidor<sup>313</sup>.

Asimismo, nos plantea la duda de qué sucede en los supuestos de estimación parcial de las pretensiones. En estos supuestos el artículo 4.3 del Real Decreto Ley indica que, en lo no previsto en este artículo, se estará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que resultará de aplicación supletoria el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

*«Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad».*

Si nos atenemos a esta sentencia, el órgano judicial nacional no puede condenar en costas parcialmente al consumidor en función del importe. Si bien, no se señala nada en función de que el órgano judicial estime parcialmente la acumulación de acciones o pretensiones. Si seguimos aplicando el régimen general, lo normal sería imponer las costas por mitad, en cuyo caso cada parte del proceso paga las costas causadas a su

---

<sup>311</sup> STS (Sala 1ª), núm. 463/2017, de 19 de julio (núm. de recurso: 546/2015).

<sup>312</sup> En igual sentido, las SSAP de Cuenca (Sección 1ª), núm. 139/2017, de 5 de julio (núm. de recurso: 165/2017); núm. 310/2021, de 28 de septiembre (núm. de recurso 195/2021) y núm. 332/2021, de 13 de octubre (núm. de recurso: 207/2021); la SAP de Tarragona (Sección 3ª), núm. 124/2021, de 18 de febrero (núm. de recurso: 300/2020); y, las SSAP de Ávila (Sección 1ª), núm. 44/2021, de 16 de febrero (núm de recurso: 14/2020); y, núm. 42/2021, de 16 de febrero (núm. de recurso: 372/2020).

<sup>313</sup> STS (Sala 1ª), núm. 36/2021, de 27 de enero (núm. de recurso: 1358/2018).

instancia<sup>314</sup>.

En cambio, imposición de las costas en su totalidad a la entidad financiera, supondría modificar el régimen que señala el legislador en el apartado 2º del artículo 394, dado que lo normal sería que cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que se le imputara a la entidad financiera haber litigado con temeridad<sup>315</sup>.

Lo que sí queda claro es que el artículo 394.2 no se ajusta a la normativa comunitaria, que se opone a que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales del importe indebidamente pagado cuando se trata de recobrar cantidades indebidamente cobradas por la introducción de cláusulas abusivas en las relaciones contractuales con la entidad financiera<sup>316</sup>.

Los órganos judiciales nacionales, siguiendo la línea de la Sentencia del Tribunal Justicia, de 16 de julio de 2020, falla en el mismo sentido. Buena muestra de ello es la

---

<sup>314</sup> Ha de señalarse que este supuesto solo plantea la duda cuando se aplica la normativa comunitaria relativa a la protección de los consumidores y usuarios, pero no cuando intervengan otros sujetos que no tengan tal condición, pues así se desprende de la STS (Sala 1ª), núm. 40/2021, de 2 de febrero de 2021 (núm. de recurso: 659/2018).

<sup>315</sup> Los servicios jurídicos de la Comisión Europea son claros en este aspecto, y parecen no estar de acuerdo con la posición adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *«el criterio del vencimiento tal y como se plasma en el artículo 394 LEC no parece a priori particularmente irrazonable ni disuasorio, máxime cuando el propio precepto permite a los jueces nacionales bien exonerar de la condena en costas a consumidores demandados en casos jurídicamente dudosos o bien imponer las costas a los profesionales si, a pesar de que el consumidor ha visto sus pretensiones estimadas parcialmente, concluyen que estos han litigado con temeridad o mala fe»*. Asimismo, señala la Comisión que *«la estimación total o parcial de las pretensiones puede depender de cuestiones tales como la forma en que se ejerciten las acciones, el contenido de la demanda o incluso la decisión estratégica de basar la pretensión en una u otra doctrina jurisprudencial. Sin embargo, la Comisión cree que dicho riesgo es inherente a la naturaleza del sistema procesal y que la Directiva 93/13 no requiere la eliminación de todo riesgo para los consumidores cuando estos ejercitan sus derechos ante los Tribunales, sino tan solo que las normas sobre costas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que dicha Directiva les confiere»*. Concretamente, en la cuestión prejudicial planteada por los tribunales nacionales *«(...) en el que se ejercitan conjuntamente una acción principal declarativa de nulidad de la cláusula y una acción accesoria de resarcimiento, la Directiva 93/13 leída a la luz del principio de efectividad no exige que en todo caso y con independencia de la suerte que corra la acción de resarcimiento, el juez nacional deba condenar en costas al profesional únicamente por hecho de que se declare la nulidad de una o varias cláusulas»*. Con todo lo expuesto concluye afirmando la Comisión *«que los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 no se oponen, en principio, a unas normas nacionales sobre costas procesales que, en términos generales, supeditan la condena en costas al profesional a la estimación total de ambas demandas ejercitadas, una declarativa de nulidad de una cláusula abusiva y la otra accesoria resarcitoria de sus efectos en la medida en que la aplicación de tales normas se haga de acuerdo con los principios de efectividad y equivalencia. Incumbe a los jueces nacionales interpretar y aplicar dichas normas de conformidad con los principios de efectividad y equivalencia»*.

<sup>316</sup> STJUE (Sala 4ª), de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19, CY/CaixaBank y C-259/19, LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2021, que señala:

*«Estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula gastos, aunque no se hayan estimado todas las pretensiones restitutorias, imponemos las costas de la primera instancia al banco demandado, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020»<sup>317</sup>.*

En la jurisprudencia menor, en cambio, los pronunciamientos judiciales son muy contradictorios entre las distintas Secciones de las Audiencias Provinciales. Algunas han seguido aplicando el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, buena muestra de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 4 de febrero de 2021<sup>318</sup>.

Sin embargo, otras han optado por seguir el criterio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Supremo, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 13 de enero de 2021<sup>319</sup>. Ello ha dado lugar a un *“régimen propio de la normativa protectora de los consumidores en materia de costas que hace desaparecer el criterio de vencimiento objetivo”*<sup>320</sup>.

Parte de la doctrina se ha mostrado contraria a la posición adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo. En este sentido, Roca Martínez, indica que no cabe deducir automáticamente la inaplicación del artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que la cuestión no puede zanjarse por una sola sentencia del Supremo, por lo que concluye que la inaplicación del precepto debe tener carácter provisional. No obstante, señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha adoptado este criterio, y ese es el que vale<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup> STS (Sala 1ª), núm. 35/2021, de 27 de enero (núm. de recurso: 1926/2018).

<sup>318</sup> SSAP Tarragona (Sección 3ª), núm. 2/2021 de 14 de enero (núm. de recurso: 251/2019); y, núm. 47/2021 de 4 de febrero (núm. de recurso: 346/2019).

<sup>319</sup> SSAP de Tarragona (Sección 1ª), núm. 32/2021, de 13 de enero (núm. de recurso: 529/2019); y, núm. 33/2021, de 13 de enero (núm. de recurso: 979/2019). SSAP Lérida (Sección 2ª), núm. 88/2021 de 4 de febrero (núm. de recurso: 625/2019); núm. 26/2021 de 14 de enero (núm. de recurso: 1160/2019); núm. 82/2021 de 29 de enero (núm. de recurso: 1184/2019); y núm. 24/2021 de 14 de enero (núm. de recurso: 917/2019). SSAP Álava (Sección 1ª), núm. 1024/2020, de 18 de mayo (núm. de recurso: 252/2020); y, núm. 1022/2020, de 18 de mayo (núm. de recurso: 214/2020). SAP de Alicante (Sección 8ª), núm. 943/2020, de 18 de febrero (núm. de recurso: 429/2019). SSAP de Cáceres (Sección 1ª), núm. 760/2020, de 12 de noviembre (núm. de recurso: 574/2019); y, núm. 764/2020, de 12 de noviembre (núm. de recurso: 588/2019). SAP de Cádiz (Sección 5ª), núm. 1139/2020, de 19 de junio (núm. de recurso: 673/2018). SAP de Castellón (Sección 3ª), núm. 713/2020, de 29 de julio (núm. de recurso: 252/2019). SAP de Salamanca (Sección 1ª), núm. 640/2020, de 10 de marzo (núm. de recurso: 116/2020), entre otras numerosas sentencias que se han posicionado de este lado.

<sup>320</sup> ROCA MARTÍNEZ, “¿Acabará el TJUE con el Sistema Procesal español?”, en *Diario La Ley*, núm. 9824, 2021, p. 5.

<sup>321</sup> ROCA MARTÍNEZ, J.M., *ibidem*, p. 3. Por su parte, Achón Bruñen se cuestiona: Achón Bruñen se cuestiona ¿qué ha cambiado con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea? [ACHÓN

A nuestro juicio, lo que el Tribunal de Justicia pretende es proteger y beneficiar con mayor intensidad al consumidor, sobre todo cuando se trata de litigios que surjan por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como es el supuesto de las cantidades indebidamente cobradas en concepto de las cláusulas suelo, que nunca deberían haber sido cobradas por las entidades financieras.

Una injusticia si el consumidor tuviera que cargar parcialmente con las costas, por lo que entendemos que en el supuesto de las cláusulas suelo, sí debería condenarse a la entidad financiera a pagar la totalidad de las costas procesales. Y ello, porque entendemos que el cobro indebido de la cláusula suelo debería ser motivo suficiente para que el órgano judicial entendiera que la entidad financiera ha actuado con temeridad.

No obstante, para el resto de los supuestos, sí consideramos que deberá estarse al caso concreto y nos mostramos proclives a la aplicación del artículo 394.2, pues deja cierto margen al órgano judicial para determinar el pago de las costas atendiendo al criterio de la temeridad.

En efecto, no somos proclives a la inaplicación absoluta del precepto, pero sí a la inaplicación parcial en los supuestos en los que el litigio verse sobre la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, pues, a nuestro juicio, es criterio suficiente para que el órgano judicial o el legislador entiendan que las condiciones generales de la contratación que impliquen un clausulado abusivo es mérito suficiente para imponer las costas en su totalidad a la entidad financiera, pues debería presuponerse que la entidad financiera ha litigado con temeridad, a tenor del artículo 394.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por ello, proponemos una nueva redacción a este artículo, a modo de actuar conforme a lo señalado por el Tribunal de Justicia, pues es indudable que la primacía del Derecho europeo conlleva necesariamente la reforma de este precepto. La redacción que proponemos es la siguiente:

*«Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que*

---

BRUÑEN, M.J., “¿Qué ha cambiado tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas?”, en *Diario La Ley*, núm. 9700, 2020].

*hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad o mala fe. Se entenderá que existe mala fe por parte de la demandada, en aquellos supuestos en los que reclamada en vía extrajudicial, se estimasen sustancialmente las pretensiones de la demandada en vía judicial».*

Dejando a un lado la problemática planteada con el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos plantearnos también qué sucede con los supuestos que contempla el artículo 4.2, letra *b*) del Real Decreto Ley, esto es, supuestos en los que la norma exime a las entidades financieras de la mala fe procesal, si aquellas se allanan antes de la contestación a la demanda, a efectos de lo previsto en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo este, que presume la mala fe del demandando en todo caso, si antes de presentada la demanda, el demandante hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación (*ex art. 395.1, párraf. 2º LEC*).

Ha de señalarse que el Real Decreto Ley no señala en qué consiste ese requerimiento fehaciente, o más bien, cómo debe acreditar el consumidor en vía judicial ese requerimiento, pues lo único que nos deja claro la norma es que no rige la presunción *iure et de iure* de mala fe del demandado, en este caso, para la entidad financiera, cuando se allane antes de contestar a la demanda.

Varias son las consideraciones que merece el artículo 4.2, letra *b*) del Real Decreto Ley, en relación con el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De un lado, consideramos que esta exención del Real Decreto Ley es intencionada pues la reclamación previa ante la entidad financiera, en cualquiera de sus formas, serviría para que se presuma la mala fe de la entidad financiera, y descartar dicha mala fe por el mero hecho de un allanamiento antes de contestar a la demanda, en cierto modo, pervierte el sistema de nuestra condena en costas.

De otro lado, debemos plantearnos de qué forma puede el consumidor acreditar fehacientemente que ha negociado, para que opere la mala fe prevista en el régimen general y no el régimen especial del Real Decreto Ley. Pues bien, entendemos que podría bastar con que el consumidor realice una grabación consentida de la llamada telefónica en la que intente negociar con la entidad financiera, o incluso, que personándose el consumidor en la entidad bancaria correspondiente pida un documento que acredite el

intento de negociar. Si bien, el mecanismo más garantista sería la reclamación hecha por burofax, aunque no es descartable la realizada mediante un correo electrónico o, un mensaje a través de la aplicación de la entidad bancaria correspondiente para contactar con el asesor que aquella designe<sup>322</sup>.

De hecho, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de septiembre de 2019, impone las costas a la parte demandada, habiendo allanamiento previo antes de contestar a la demanda, existiendo un intento de conciliación por la parte demandante sin avenencia<sup>323</sup>

Ello no impide apreciar mala fe en otros casos distintos a los previstos en el artículo 395.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin que opere la presunción de mala fe del demandado<sup>324</sup>.

### **2.2.3. La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de septiembre de 2021**

Como ya se ha señalado a lo largo del estudio de este método extrajudicial de resolución de conflictos, se ha cuestionado que el Real Decreto Ley sea conforme a la Constitución Española, no solo por el instrumento normativo utilizado por el Gobierno, al cuestionarse la urgente necesidad en la elaboración de la norma cuestionada, sino también porque puede afectar a derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva o el principio de igualdad.

En este sentido, hemos de recordar que el derecho a la tutela judicial es el derecho que tienen todas las personas de tener acceso a un sistema judicial con todas las garantías, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24 CE). Así pues, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho complejo que engloba un conjunto de derechos

---

<sup>322</sup> En este sentido, Achón indica que el requerimiento fehaciente no debe ser necesariamente el que señale la norma, sino que cualquier otra forma en la que el consumidor lo acredite, debe bastar para que se aprecie la mala fe procesal de la entidad financiera para la condena en costas. Cfr., ACHÓN BRUÑEN, M.J., *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 25.

<sup>323</sup> SAP (Sección 15ª), núm. 1700/2018, de 26 de septiembre de 2019 (núm. de recurso: 1700/2018).

<sup>324</sup> En este sentido, *vid.*, las SSAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 519/2019, de 19 de julio (núm. de recurso 910/2019); y, núm. 1024/2019, de 2 de septiembre de 2019 (núm. de recurso: 518/2019).

procesales, que han sido delimitados por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias.

Y es que, una de las primeras garantías que incluye el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de acceso a la jurisdicción sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Este derecho, tal y como, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, es el eje principal de la tutela efectiva, pues es presupuesto ineludible de todos los demás derechos procesales que comprende. Y ello, no solo porque el derecho de acceso impide que haya conflictos jurídicos excluidos del control jurisdiccional sino también porque excluye que la jurisdicción dependa de controles administrativos o autorizaciones de otros poderes públicos. Dicho esto, se infiere que el derecho de acceso a la jurisdicción implica la prohibición de aprobar normas que, sin una finalidad legítima, impongan condiciones impositivas u obstaculizadoras del acceso de los justiciables a los tribunales.

Siendo las costas procesales una de las consecuencias del proceso jurisdiccional y, por tanto, un condicionante directo del derecho de acceso a la jurisdicción, entendemos que un cambio significativo en el régimen jurídico de la condena en costas, para el supuesto concreto de las reclamaciones por cláusula suelo abusivas, puede implicar, una vulneración de este derecho fundamental.

Y ello, porque el régimen especial de la condena en costas puede suponer un obstáculo para el acceso a la jurisdicción de los consumidores, teniendo en cuenta que, la amenaza de no obtener una condena en costas puede operar como un instrumento disuasorio de la reclamación judicial. Asimismo, entendemos que puede causar una vulneración directa del artículo 24 nuestra Constitución, ya que puede suponer una “imposición” encubierta de la solución extrajudicial del conflicto a una de las partes, consumidor. Lo que también avalaría una vulneración del principio de igualdad.

Tal clara es la sospecha de la inconstitucionalidad de la norma analizada, que dio lugar a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, número 1960-2017, al que ya hemos hecho referencia y que, como ya señalamos, ha sido resuelto finalmente 4 años después<sup>325</sup>.

---

<sup>325</sup> Recurso admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional, el 9 de mayo de 2017. El grupo parlamentario recurrente denuncia expresamente que esta norma introduce una modificación al régimen de



Las dudas que plantea el régimen especial de la condena en costas que regula el Real Decreto Ley ha dado lugar a que numerosas sentencias, aun estando pendiente el recurso de inconstitucionalidad, hayan aplicado el régimen general del vencimiento establecido por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, condenando al pago de las costas a las entidades financieras que han sido vencidas en juicio. Buena muestra de ello es —entre otras muchas sentencias a las que venimos haciendo referencia— la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2020, que resuelve un recurso de casación interpuesto por el consumidor demandante, tras haber visto estimada en la instancia su demanda.

Por su claridad expositiva, reproducimos lo señalado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia que, precisamente, basa su pronunciamiento en materia de costas en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

*«En los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a las entidades de crédito de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa sentencia que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio»<sup>326</sup>.*

Finalmente, el 21 de septiembre de 2021, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad, y viene a declarar inconstitucional y nulos algunos de sus preceptos, en tanto que desestima otras pretensiones que contenía el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley. El Tribunal Constitucional falla lo siguiente:

---

condena en costas estableciendo un nuevo sistema sin límites. Y es que, esta reforma no se aplica únicamente al momento excepcional de incremento de las demandas de los consumidores por la declaración abusiva de las cláusulas suelo, sino que se aplica de manera permanente y general para todos los casos que surjan a partir de su entrada en vigor. Siendo esta una de las cuestiones determinantes de la inconstitucionalidad de la norma, por cuanto se extralimita en su función de regulación extraordinaria y coyuntural, con una modificación que opera exclusivamente a favor de las entidades bancarias y, para todos los casos de demandas de cláusulas suelo, más allá del momento actual (núm. de recurso 1960-2017).

<sup>326</sup> STS (Sala 1ª), núm. 510/2020, de 6 de octubre (núm. de recurso: 3243/2017). En el mismo sentido, las SSTs (Sala 1ª), núm. 419/2017, de 4 de julio (núm. de recurso: 2425/2015); y, núm. 472/2020, de 17 de septiembre (núm. de recurso: 5170/2018).

- Declara inconstitucional y nulo el inciso «*persona física*» del artículo 2.2 del Real Decreto Ley, que restringía el ámbito subjetivo a la persona física, y al que ya hicimos referencia;
- Respecto a las costas procesales señala que el artículo 4.1 no es inconstitucional, pero su interpretación debe hacerse conforme a lo señalado en el Fundamento Jurídico 11, *a*);
- Declara inconstitucional y nulo el artículo 4.2; y,
- Desestima el recurso de inconstitucionalidad en el resto de las pretensiones.

Pronunciamientos que, a nuestro juicio, merecen algunas consideraciones<sup>327</sup>. Por lo que se refiere a la conformidad del artículo 3 del Real Decreto Ley a la Constitución, el Tribunal Constitucional entiende que el precepto no es contrario a los artículos 14, 24 y 51 de la Constitución, porque no existe una situación de desigualdad en las posiciones de las partes, al conservar ambas su poder de decisión sobre el objeto del conflicto de intereses. Tampoco es contrario al artículo 24, porque el consumidor puede acudir al mecanismo del artículo 3 del Real Decreto Ley y demandar directamente a la entidad financiera. Y, la única limitación es que se impide la coexistencia del procedimiento extrajudicial junto con el proceso, por lo que no convierte en obligatorio el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 3.

De todos modos, la cuestión no es tan sencilla, muestra de ella es la existencia de un voto particular, el emitido por la magistrada Balaguer Callejón, la cual considera que el artículo 3 del Real Decreto resulta contrario a las previsiones del artículo 51 de la Constitución. Lo más significativo del voto particular, al que dicho sea de paso, nos adherimos íntegramente, y cuyos problemas ya pusimos de manifiesto anteriormente, es que el artículo 3 del Real Decreto Ley adolece de la necesaria seguridad jurídica, dado que no permite a los ciudadanos tener un conocimiento cierto y suficiente acerca del régimen de reclamación previa, las posibilidades de intervención, los clientes afectados, sus derechos durante la sustanciación, entre otros muchos derechos que no se garantizan en el Real Decreto Ley. Tampoco ofrece un contenido que permita conocer a los consumidores previsiblemente las consecuencias de la reclamación, pues la mayoría de las condiciones referidas quedan a la libre determinación de cada entidad de crédito.

---

<sup>327</sup> Para un mayor abundamiento sobre la inconstitucionalidad del inciso «*persona física*», *vid., supra*, la letra E, del apartado anterior.

A mayor abundamiento, nos encontramos con la falta de revisión de un control sobre la aplicación del sistema de reclamación previa que no puede otorgarse al Gobierno (*ex DA 3ª*), pues no puede considerarse un órgano de control de la actuación de las entidades financieras en la resolución de las reclamaciones extrajudiciales, quedando en descubierto la previsión de algún órgano que tutele los intereses de los consumidores durante la tramitación de la reclamación, ni siquiera por remisión a otra normativa.

Para ello, los consumidores deberían presentar una queja o una reclamación ante los servicios de atención al cliente de los servicios financieros correspondiente, de acuerdo con el procedimiento señalado en los artículos 29 y 30 de la Ley 44/2002, de medidas de reforma del sistema financiero.

Y es que, incluso, entendemos que este procedimiento podría haber sido el adecuado para resolver la reclamación de las cláusulas suelo o, incluso, establecer que este procedimiento se hubiera llevado a cabo con la intervención de un tercero, a través de la negociación asistida, como ha sucedido con la intermediación hipotecaria, pues está claro que el Gobierno ha desaprovechado la oportunidad de que este mecanismo se hubiera convertido en un procedimiento eficaz para los consumidores para recobrar las cantidades indebidamente cobradas por las cláusulas suelo.

En cuanto al régimen especial de condena en costas que establece el Real Decreto Ley, el Tribunal Constitucional indica que el apartado 1º del artículo 4, no es contrario a la Constitución, dado que la alteración que introduce respecto del régimen general de la condena en costas, mantiene un equilibrio en las posiciones de las partes, otorgando ventajas por igual a unas y a otras, e incluso, puede atisbarse que se está tratando de incentivar a las entidades de crédito para que formulen ofertas serias y bien fundadas a los clientes, que permitan resolver positivamente sus reclamaciones, evitando acudir a la vía judicial, en la que el reconocimiento de cualquier cantidad que supere la ofertada, por mínimo que sea el aumento, va a suponer su condena en costas. Además, el Tribunal Constitucional entiende que no es irrazonable que no se impongan las costas a la entidad financiera, si ha realizado una oferta tras reclamársele el pago, y en sede judicial no se obtiene un fallo que conceda más de lo ofrecido.

Si bien, el Tribunal Constitucional emite un pronunciamiento de carácter interpretativo, al señalar que el artículo 4.1 del Real Decreto Ley, sí puede quebrar el principio de igualdad, en la medida que el régimen especial de las costas que establece solo es aplicable a la reclamación de las cantidades cobradas por la cláusula suelo por vía del artículo 3 del Real Decreto Ley, y no a quien reclame extrajudicialmente por cualquier otro medio admitido.

En nuestro ordenamiento jurídico, explorando y explicando, de una forma algo confusa, las diversas posibilidades interpretativas del precepto impugnado, entiende el Tribunal Constitucional que el artículo 4.1 permite su extensión a todo supuesto en el que el cliente haya reclamado la devolución de lo indebidamente satisfecho antes de acudir a la vía judicial.

En lo que respecta a la falta de respuesta por parte de la entidad financiera, entiende el Tribunal Constitucional que no es aplicable el artículo 4.1, como tampoco sería aplicable si rechaza la reclamación, dado que quedaría sujeta al régimen del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vía del apartado 3º del artículo 4.

Por lo que se refiere a la segunda regla del artículo 4.2, letra *b*), que se refiere al allanamiento parcial, el diferente tratamiento que prevé entre la reclamación del artículo 3 y otras vías o mecanismos de evitación del proceso, que no permiten al Tribunal apreciar la mala fe de la entidad financiera, al contrario del mecanismo previsto en el Real Decreto Ley, que sí permite apreciarla, entiende el Tribunal Constitucional que puede considerarse irrazonable, habida cuenta de que desvirtúa la naturaleza voluntaria de la reclamación previa, convirtiendo su utilización en una obligación, por lo que incurre en la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española. Asimismo, vulnera el artículo 24 en relación con el artículo 51.1 de la Constitución, puesto que implica la imposición de una mayor carga económica para quien no haya acudido a la reclamación previa ante la entidad financiera, como consecuencia de eliminar la aplicación de las normas que rigen de manera general la imposición de las costas en los supuestos de allanamiento, estableciendo un régimen *ad hoc*, que permite que a las entidades de crédito eludir la condena en costas, beneficiándose en detrimento de los consumidores. Y, aunque puede defenderse la justificación de la medida para evitar el colapso judicial, no se sostiene tal

defensa, pues son las propias entidades las que han insertado una cláusula, declarada judicialmente nula, obligando al consumidor a reclamar lo indebidamente cobrado.

En resumen, el artículo 4.2, favorece de manera notoria a quien impuso unilateralmente una cláusula abusiva y perjudicial a quien sufrió tal imposición, que debe reclamar lo indebidamente cobrado para obtener su restitución<sup>328</sup>. En consecuencia, considera que el precepto es inconstitucional<sup>329</sup>.

### **2.3. LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA**

De todos es sabido que la hipoteca es el producto bancario que permite al cliente recibir una determinada cantidad de dinero (capital del préstamo) por parte de una entidad de crédito (prestamista), a cambio del compromiso de devolver dicha cantidad, junto con los intereses correspondientes, mediante pagos periódicos (cuotas). La diferencia con otros tipos de préstamos al consumo es que cuenta con una garantía adicional: el inmueble adquirido.

Y, es que en todo préstamo hipotecario hay dos elementos: el contrato de préstamo, en el que aparecen detalladas las obligaciones del deudor, las condiciones del préstamo, así como el plazo de devolución, las cuotas y el sistema de amortización; y, la garantía hipotecaria que, en caso de impago permite que el prestamista pueda “hacerse con la propiedad del bien hipotecado”. Así, en caso de impago, el prestamista podrá instar la ejecución hipotecaria y, en su caso, de concurrir una serie de circunstancias, incluso, podrá tomar posesión del bien para venderlo y recuperar el financiamiento otorgado.

Son varias las razones que llevaron a una proliferación en la constitución de créditos hipotecarios: la facilidad con la que las entidades bancarias concedían los préstamos, los

---

<sup>328</sup> Aunque el Tribunal Constitucional señala que el Derecho de la Unión Europea no puede considerarse como canon de constitucionalidad de nuestras normas internas, sí que sirve para confirmar la irracionalidad de las consecuencias del régimen del artículo 4.2 para los consumidores, recordando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>329</sup> El resto de pretensiones que se mantuvieron en el recurso de inconstitucionalidad han sido desestimadas por el Tribunal Constitucional en base a los siguientes argumentos: el Real Decreto Ley cumple con los presupuestos del artículo 86 de la Constitución Española, (FJ 4º); es conforme a la Constitución la Disposición final primera que introduce una modificación del IRPF que afecta a la tributación de las cantidades percibidas por los consumidores en concepto de cláusulas suelo (FJ 9º); y, es conforme la Disposición final tercera en la medida en que prevé una mera habilitación al Gobierno para proceder al futuro desarrollo de la norma (FJ 12º).

beneficios fiscales deducibles por la adquisición de la vivienda habitual; y, los bajos tipos de interés, que unidos al escaso control de solvencia realizado por las entidades bancarias, provocaron el sobreendeudamiento de los consumidores que habían contraído créditos hipotecarios, provocando una importante crisis económica.

Esta situación puso de manifiesto la urgente necesidad de tutelar los intereses de los usuarios de servicios financieros tras el denominado “pinchazo de la burbuja inmobiliaria”.

En este contexto de crisis económica, en el que miles de deudores hipotecarios se encontraron en riesgo de exclusión social<sup>330</sup>, el Gobierno se vio en la tesitura de tener que adoptar numerosos textos legislativos que hicieran frente a la situación de vulnerabilidad por la que estaban atravesando un gran número de familias españolas. Una de las primeras medidas adoptadas, consistió en la aprobación del Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Este texto legislativo afectaba a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudicase al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos, siendo su finalidad última la de impedir que el lanzamiento de la vivienda diera lugar al desalojo de los prestatarios que hubieren contratado un préstamo con garantía hipotecaria con una entidad financiera.

La norma antedicha se complementa años más tarde con la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social<sup>331</sup> —conocida como la Ley

---

<sup>330</sup> Sobre la comparativa de los ordenamientos jurídicos español y francés en cuanto a la protección que se confiere a los consumidores por sobreendeudamiento, *vid.*, BASTANTE GRANELL, V., *Sobreendeudamiento y protección de los consumidores: análisis comparado de los modelos francés y español*, Reus, Madrid, 2020, pp. 1-298.

<sup>331</sup> Según las estadísticas publicadas en diciembre de 2017 por el Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es>), el número de ejecuciones hipotecarias sobre viviendas habituales se situó en España en 25.943 en 2007, 58.686 en 2008, 93.319 en 2009, 93.336 en 2010, 77.854 en 2011, 91.622 en 2012, 86.680 en 2013, 34.680 en 2014, 27.783 en 2015, 21.064 en 2016. A nivel autonómico, la región más afectada en 2016 fue Andalucía, con un total de 11.581, a la que le siguió Valenciana, con 7.638 y, Cataluña con 6.956. En cambio, las menos afectadas fueron País Vasco (214), Navarra (233) y La Rioja (284). Como podemos observar, desde que estallara la crisis económica en 2007, ha habido un aumento progresivo que no descendió hasta 2013. Sin embargo, en 2014, vuelven a aumentar las cifras de ejecuciones en un 7.4 % superior al año anterior, que finalmente desciende en 2014 (estos datos estadísticos variarán en función del organismo del que procedan; INE, Consejo General del Poder Judicial o Banco de España, entre otros). Pueden consultarse en <http://www.ine.es> (consulta: 20 diciembre de 2017).

Antidesahucios—, que establece un plazo de dos años de suspensión de los desahucios de los deudores que se encontraban en riesgo de exclusión social<sup>332</sup>.

Las medidas adoptadas no fueron suficientes para paliar la situación económica de los deudores hipotecarios, por lo que dos años más tarde, las disposiciones citadas fueron reforzadas por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que ampliaba el plazo de suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2017; plazo este que se amplía por otros tres años con la aprobación del Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto Ley 6/2012<sup>333</sup> y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La ingente normativa surgida hasta el momento, deja de manifiesto el intento fallido de los poderes públicos de paliar la vulnerable situación de los deudores hipotecarios que no pueden hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias por causas de fuerza mayor.

En este contexto, surge una fórmula extrajudicial conocida como intermediación hipotecaria, inicialmente conocida por parte de la doctrina como mediación hipotecaria<sup>334</sup>. El objetivo de este método autocompositivo de resolución de conflictos es ofrecer a los deudores hipotecarios una vía extrajudicial, que evite en la medida de lo posible acudir al proceso de ejecución hipotecaria, cuando la garantía hipotecaria recaiga sobre la vivienda habitual del deudor, acudiendo en cambio a soluciones autocompositivas.

---

<sup>332</sup> Algunos autores se han mostrado críticos con esta denominación, *vid.*, a título de ejemplo, lo señalado por Núñez Iglesias: “*lo de «antidesahucios» no es solo un alias vulgar de la ley, sino una «idea» asumida por el propio legislador que, confundido y arrastrado por la opinión pública del momento, ha denominado, como ella, «desahucio» al lanzamiento»* [NÚÑEZ IGLESIAS, A., “La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria”, en *Revista de Derecho Civil*, núm.1, 2014, p. 70].

<sup>333</sup> Este Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos incorpora también un Anexo en el que se prevé un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, de adhesión voluntaria para los bancos. Si bien, hemos de indicar que quedarán excluidos del ámbito de aplicación de este código, los deudores hipotecarios que se encuentren inmersos en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

<sup>334</sup> En este sentido, BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, en *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, pp. 7-28.

Se trata, pues, de llegar a soluciones menos gravosas para el deudor que el desahucio, como son: la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos que fueran considerados de especial vulnerabilidad o en riesgo de exclusión social; la posibilidad de quitas en el capital pendiente de amortización o la reestructuración de la deuda hipotecaria; o, como última opción, la dación en pago, siempre y cuando se constate el carácter habitual de la vivienda.

### 2.3.1. Naturaleza jurídica

Con la clara intención de evitar el lanzamiento de los deudores hipotecarios de la vivienda habitual, surge una fórmula extrajudicial conocida como intermediación hipotecaria. Esta fórmula de naturaleza autocompositiva es un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos en el que dos o más partes en conflicto —deudor y acreedor hipotecario—, mediante la intervención de un tercero —intermediador— tratan de alcanzar un acuerdo voluntario a través de la reestructuración del préstamo, u otras soluciones alternativas que aminoren el sobreendeudamiento del consumidor; y ello, con la finalidad de evitar la ejecución hipotecaria, permitiendo al consumidor—deudor la conservación de la vivienda habitual<sup>335</sup>.

A pesar de no existir dudas en cuanto a la naturaleza autocompositiva de este mecanismo, por cuanto que la solución del conflicto se encomienda a las propias partes, existen dos corrientes doctrinales bien diferenciadas en torno a la calidad de la intervención del tercero. De tal forma que, para unos estamos en presencia de un sistema de resolución de conflictos independiente y autónomo<sup>336</sup>; y, para otros, en presencia de una modalidad especial de la mediación de consumo.

Para la última corriente doctrinal se trataría de una modalidad especial y dependiente de la mediación de consumo, dado que el concepto de consumidor engloba a los deudores

---

<sup>335</sup> En el mismo sentido, BASTANTE GRANELL, V., *ibidem*, pp. 6-27; BLANCO GARCÍA, A.I. “La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria”, *op. cit.*, p. 14; y, QUESADA LÓPEZ, P.M., “La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria: problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria», en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir./Quesada López, coord.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 198 y 199.

<sup>336</sup> En este sentido, *vid.*, CRUZ ZABAL, M. y COBAS COBIELLA E., “¿Mediación o intermediación hipotecarias?”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad* (Ortega Giménez/Cobas Cobiella, coords.), Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Madrid, 2013, p. 367.



hipotecarios. Pero es que, además, su ámbito de protección engloba a la reestructuración del préstamo hipotecario y a la defensa de un bien de consumo, de protección prioritaria, como es la vivienda habitual<sup>337</sup>.

En este punto, debemos recordar que la Disposición final séptima de la Ley 7/2017 por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE ha suprimido el apartado *d*) del artículo 2.2 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Precepto este, que excluía los conflictos en materia de consumo del ámbito de aplicación de la citada Ley de Mediación. De la supresión de este apartado cabe extraer dos posibilidades: bien que el legislador ha optado tácitamente por incluir la mediación de consumo en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, entendiendo que la intermediación sería un método de conflicto análogo a aquel, por lo que sería de aplicación lo dispuesto para la mediación; o bien, entender que es una institución independiente.

Si se considera a la intermediación hipotecaria como una modalidad especial de la mediación de consumo, esto es, la que se desarrolla en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo, también cabe plantearse si al igual que aquella, esta debe entenderse como un trámite previo del arbitraje de consumo. En este punto, hemos de convenir que si es complejo encajar la mediación de consumo en el arbitraje de consumo, cuando ambos mecanismos difieren en cuanto a su naturaleza jurídica; más complicado resulta encajar, si cabe, una modalidad especial de la mediación dentro de la mediación que administran las Juntas Arbitrales de Consumo, ya que está no tendrá por finalidad evitar el arbitraje de consumo como ocurre con la mediación, sino la finalidad genérica que persigue cualquier mediación, en este caso, evitar acudir al proceso de ejecución hipotecaria.

Por ello, aunque el Real Decreto 231/2008 prescinde de regular la mediación de consumo y remite, tácita y expresamente a la Ley de Mediación (arts. 1 y 38.2), resulta más que cuestionable que la intermediación hipotecaria, se regule por algunos de los preceptos dedicados al arbitraje, aunque ello pudiera deducirse de lo dispuesto en el Real Decreto 231/2008. Pero es que, tampoco, se circunscribe en los márgenes estrictos de la

---

<sup>337</sup> En el mismo sentido, BASTANTE GRANELL, V., *ibidem*, p. 12; y, ARANDA RODRÍGUEZ, R., “La mediación hipotecaria”, en *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* (Arnulfo Sánchez García/Patricia López Peláez, coords.), Aranzadi, Madrid, 2016, p. 21.

mediación prevista en la Ley de Mediación de asuntos civiles y mercantil, pudiendo darse el caso de una dispersión normativa, habida cuenta que les corresponden a las comunidades autónomas la competencia legislativa para la regulación de la defensa de los derechos de los consumidores y, en concreto, tanto la mediación como la intermediación<sup>338</sup>.

Por ello, a pesar de confesamos partidarios de la inclusión de la intermediación hipotecaria como una modalidad especial de la mediación desarrollada en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo, entendemos que esta presenta matices que la singularizan respecto a la mediación de consumo, dado que las funciones que desempeña el tercero en la intermediación hipotecaria difieren considerablemente de las funciones que realiza el mediador. De ahí que, a nuestro juicio, pueda ser categorizada como una mediación *sui generis*<sup>339</sup>.

A continuación, examinaremos las funciones propias de un intermediador en contraposición a las que realiza un mediador *stricto sensu*. Para Blanco García, las funciones de un intermediador, normalmente, son asumidas por un abogado —el abogado defensor— que como su nombre indica adopta una posición claramente a favor del deudor hipotecario, al que en cierta medida representa. De forma que sus funciones van más allá de las que haría un mediador, pues hace de asesor y consejero, tratando de acercar posturas, al objeto de restablecer el equilibrio entre acreedor y deudor<sup>340</sup>.

Así, a diferencia del mediador que trata de acercar las posturas mantenidas por las partes del conflicto desde una estricta ecuanimidad, el intermediador lo que hace es mediar a favor de una de las partes (el deudor) frente a la otra parte (el acreedor hipotecario).

---

<sup>338</sup> En este mismo sentido nos posicionamos en un trabajo anterior en cuanto a la mediación de consumo. DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La mediación de consumo”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>339</sup> En este sentido se ha posicionado Bastante Granell, que considera la intermediación como una especialidad de la mediación de consumo. BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *op. cit.*, p. 12. En cambio, Blanco García, considera a la intermediación hipotecaria una institución distinta a la mediación de consumo, dadas las diferencias que hay entre las funciones del mediador y el intermediador [BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria”, *op. cit.*, pp. 14, 15 y 17-19; y, en igual sentido COBAS COBIELLA, M.E., “La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión”, en *CEflegal*, 2014, núm.160, 2014, p. 19].

<sup>340</sup> *Vid.*, BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman*, *op. cit.*, p. 47.

Ello, por otra parte, no debe traducirse automáticamente en un sacrificio de los principios de imparcialidad y de neutralidad, que deben regir el estatuto de toda persona llamada a resolver o intervenir en la resolución de un conflicto, sino que ha de entenderse como un reequilibrio de la desigualdad intrínseca que se produce en las relaciones de consumo con las entidades bancarias y crediticias, que cuenta con un crédito privilegiado que le permite solicitar el despacho de la ejecución directamente, sin necesidad de instar un proceso declarativo. Siendo así, entendemos que el intermediador deberá velar por los intereses del prestatario, sin que ello suponga olvidarse de los principios a los que está sometido en la normativa reguladora de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. Y es que, sin esta intervención especial del intermediador, resultaría prácticamente ineficaz cualquier negociación con la entidad bancaria, teniendo en cuenta que el acreedor tiene un poder casi absoluto sobre su deudor, dado que puede hacer valer su garantía hipotecaria en cualquier momento al estar amparado por la ley.

Lo que sí ha de quedar claro es que las comunidades autónomas hacen referencia a esta negociación asistida como intermediación o mediación hipotecaria, sin desarrollar minuciosamente este procedimiento.

Parece que la intención del legislador es que, esta negociación asistida a la que hacen referencia las normativas autonómicas se regule en lo previsto en la Ley de Mediación. Sin embargo, dada las características que la singularizan, el restrictivo ámbito de aplicación, y la necesidad de pormenorizar la protección conferida al deudor hipotecario con las entidades financieras cuando llevan a cabo el contrato para la adquisición de la vivienda habitual, sería deseable que una norma estatal pormenorizara los parámetros a seguir para llevar a cabo de forma eficaz el procedimiento de intermediación.

### **2.3.2. Régimen jurídico**

Hemos de partir del hecho de que el estatuto de regulación de los mecanismos de protección pública de la vivienda, así como de los consumidores y usuarios que contratan créditos hipotecarios al objeto de adquirir una vivienda habitual, es sumamente complejo.

Ello se debe a que todas las comunidades autónomas han asumido la competencia de la vivienda con carácter exclusivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 148.3 de la

Constitución Española, en tanto que la protección de los consumidores y usuarios es una materia compartida con el Estado; y ello, sin perjuicio de la competencia del mismo en materia de vivienda en lo relativo al establecimiento de las bases de ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE).

Ello ha motivado que existan varias modalidades de intermediación hipotecaria, dependiendo de la Administración autonómica que la desarrolle. Así, algunas comunidades autónomas han regulado esta cuestión en la normativa de consumo, otras en la normativa de vivienda; y otras, en cambio, han prescindido de desarrollar la intermediación en una disposición específica, limitándose a hacer mención a ella en los Estatutos de autonomía o en la normativa de mediación autonómica<sup>341</sup>. Problemas estos, que se trasladan al ejecutar la normativa aplicable.

En este sentido, Bastante Granell ha señalado que lo ideal hubiera sido una colaboración entre las áreas de consumo y vivienda, pues ello hubiera permitido regular un modelo ideal a seguir por las comunidades autónomas, sin perjuicio de que una norma estatal hubiera previsto los parámetros comunes del procedimiento, tal y como sucede con la mediación.

Este modelo hipotético, permitiría una mejor protección del deudor hipotecario que adquiere su vivienda habitual al contratar un crédito hipotecario. El área de consumo se encargaría de las funciones de información y asesoramiento del consumidor, mientras que el área de vivienda sería la adecuada para ofrecer alternativas al desahucio hipotecario,

---

<sup>341</sup> Como hemos señalado no existe una denominación uniforme en los Estatutos de autonomía para esta fórmula extrajudicial. Unos la denominan mediación hipotecaria, o mediación de consumo, pero también alguna comunidad autónoma la denomina intermediación hipotecaria. Si bien, no se hace distinción alguna entre ninguno de estos conceptos en cuanto a su aplicación práctica. Cabe señalar, *v. gr.*, que la Ley 10/2016, de 7 de junio, de Reforma de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia, y de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, hace referencia al Servicio de Orientación e Intermediación Hipotecaria; mientras que la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, entre otras, la denomina mediación en materia de consumo (*ex. art.* 30).

Autores, como Viola Demestre, señalan que es más correcto hacer alusión a la misma con el término de intermediación, pues entiende que no es mediación. Y ello, con independencia de que vamos a referirnos a ella según lo haga la normativa de consumo que estemos tratando, pero teniendo en cuenta que la terminología utilizada es errónea, dado que debería usarse el término de intermediación en todas las normativas autonómicas que regulen este instrumento extrajudicial [VIOLA DEMESTRE, I., “La mediación en la gestión del impago de los préstamos y créditos hipotecarios en Cataluña: una institucionalización singular”, en *Oñati socio-legal series*, núm. 4, 2019, p. 463].

sobre todo en aquellos supuestos en los que no se consigue impedir el lanzamiento, como es, por ejemplo, renegociar un alquiler social de esa misma vivienda<sup>342</sup>.

Por otra parte, ha de señalarse que, aquellas comunidades autónomas que han regulado la intermediación hipotecaria han prescindido de una pormenorización en cuanto al procedimiento a seguir, limitándose a consagrar el principio de autonomía de la voluntad y, prohibiendo la inclusión de cláusulas de sumisión a mediación o intermediación obligatoria (*ex art. 6.3 LMACM*)<sup>343</sup>. Ello redundaría en la dificultad de preciar su estatuto.

Las dificultades que ponemos de manifiesto en la intermediación hipotecaria podrían paliarse como ha ocurrido con otras instituciones, por ejemplo, con la institución de la mediación, cuando el legislador estatal ha regulado los parámetros básicos y comunes en una norma estatal, la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, sin perjuicio de que las comunidades autónomas la desarrollen y la ejecuten, señalando como ley supletoria, la norma estatal. Así lo ha hecho, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Cantabria, que a través de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación<sup>344</sup> regula los parámetros de esta institución: el ámbito de aplicación, los principios, la actuación de las Administraciones Públicas y otras entidades en el ámbito de la mediación. Incluso, esta norma brinda la posibilidad de que los colegios, asociaciones profesionales, organizaciones y entidades sociales gestionen su propio registro de personas mediadoras (*ex art. 17.2*).

### **2.3.3. Las Oficinas de Intermediación Hipotecaria**

Las Oficinas de Intermediación Hipotecaria (OIH) son un servicio gratuito llevado a cabo por la Abogacía Española, para ciudadanos y familias que no pueden hacer frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario y que puedan encontrarse en situaciones difíciles que deriven del hecho de encontrarse inmersos en un proceso de ejecución

---

<sup>342</sup> Cfr., BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>343</sup> En los próximos epígrafes desarrollaremos más ampliamente la voluntariedad de la intermediación hipotecaria, y la posibilidad de que una norma de carácter autonómico imponga la obligación de acudir a esta fórmula extrajudicial con carácter a la demanda en sede judicial.

<sup>344</sup> Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE, núm. 99, de 26 de abril de 2011).

hipotecaria o en un juicio verbal por desahucio; y, que por esta razón son personas que se encuentren en riesgo de exclusión social<sup>345</sup>.

La creación de estas oficinas se lleva a cabo a nivel autonómico, provincial y local, siendo su objetivo el de asesorar a los deudores hipotecarios sobre las posibilidades que ostentan ante un cambio sobrevenido de sus circunstancias económicas. Así, estas oficinas despliegan su actividad exclusivamente en los supuestos en los que el deudor hipotecario se encuentre —o prevea encontrarse— en una situación de insolvencia frente al pago de las cuotas hipotecarias. Tanto es así, que las funciones de estas oficinas pivotan en torno a tres ejes claramente delimitados: *“la prevención a través del asesoramiento, la intermediación y la protección del deudor y de su vivienda objeto de garantía hipotecaria”*<sup>346</sup>.

La regulación de la intermediación hipotecaria por las comunidades autónomas sin que haya una norma estatal que establezca los parámetros básicos, ha dado lugar a que las oficinas de intermediación dependan de organismos distintos en función de la comunidad donde se hayan creado. Por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha ha puesto en marcha 6 oficinas de intermediación que tienen su sede en las ciudades de: Toledo, Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Talavera de la Reina. Dichas oficinas llevan a cabo un Programa de Asistencia, Asesoramiento e Intermediación Hipotecaria al servicio de las familias tengan su vivienda habitual y permanente en Castilla-La Mancha.

Así pues, los servicios que prestan las Oficinas de Intermediación Hipotecaria en Castilla-La Mancha, se ubican en las cinco Delegaciones Provinciales de Fomento y en la Delegación de Servicios de Talavera de la Reina.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, las oficinas de intermediación hipotecaria dependen de la Junta de Andalucía y ofrecen este servicio a través del Sistema Andaluz

---

<sup>345</sup> La creación de estas oficinas se debe a la cesión de competencias a las comunidades autónomas en materia de consumidores y usuarios, llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución Española. La citada ley implicó la cesión de competencia legislativa y ejecutiva en materia de mediación de consumo y con ello, entendemos que también de esta negociación asistida que se asimila a la mediación de consumo, pero que no es en sentido estricto mediación.

<sup>346</sup> BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria”, *op. cit.*, p. 13.

de Información Integral en materia de Desahucios, dependiente de la Conserjería de Fomento y Vivienda.

Si concretamos a nivel provincial, ha de señalarse que en Almería la creación de estas oficinas son fruto de los Convenios celebrados por las distintas Diputaciones Provinciales, los Ayuntamientos y los Colegios Provinciales de Abogados, para la puesta en funcionamiento de la Oficina de Intermediación Hipotecaria, siendo estos últimos los encargados de facilitar el listado de oficinas de intermediación al Consejo General de la Abogacía Española.

El Colegio Provincial de Abogados de Almería es el que tiene la competencia para desarrollar y prestar este servicio y designar a los abogados que ejerzan de intermediadores, teniendo en cuenta su formación y preparación específica en las materias relacionadas con el contenido del servicio.

Si ahondamos más en este Convenio, podemos ver como esta oficina tiene unas funciones distintas a las oficinas de otras provincias, pues la Oficina de Intermediación Hipotecaria en Almería presta el servicio de intermediación a los mismos sujetos que las demás, pero ampliándolo a las unidades de convivencia empadronadas en Almería y su provincia.

En cuanto a sus funciones, destacan las de atender, tramitar y formular el escrito dirigido a la entidad financiera correspondiente; al tiempo que asesoran y atienden a los deudores hipotecarios.

Una de las funciones más llamativas de la Oficina de Intermediación Hipotecaria de Almería, es que se ha encargado de asesorar también las reclamaciones presentadas por los consumidores para la devolución de las cláusulas suelo, por lo que viene a confirmar la necesidad que exponíamos, de que esta reclamación se hubiera llevado a cabo con la intervención de un tercero, a través de la negociación asistida y no a través de la negociación directa.

Expuestas las funciones que tienen algunas de las Oficinas de Intermediación Hipotecaria, hemos de señalar que no son estables, por ejemplo, en Almería, las funciones

que llevaba a cabo el Colegio de Abogados ya no se asumen por él, pues lamentablemente la duración de este Convenio se extendió del 1 de enero de 2017, al 31 de diciembre de 2017.

En la actualidad, la intermediación hipotecaria en la provincia de Almería se desarrolla en el seno de la Junta Arbitral de Consumo, dependiente de la Diputación Provincial de Almería.

Con todo lo expuesto, concluimos que el procedimiento de intermediación hipotecaria difiere considerablemente en cada comunidad autónoma, que en algunas comunidades autónomas es una institución autónoma e independiente, en otras se desarrolla en el seno de la mediación de consumo y, en otras, como ocurre en Almería, que aunque la intermediación se lleve a cabo en el seno de la Junta Arbitral de Consumo, se solicita en un impreso a parte y diferente al de la solicitud de mediación y arbitraje de consumo, luego constituye una mediación de consumo *sui generis*.

#### **2.3.4. Aspectos comunes a toda intermediación hipotecaria**

La falta de una regulación estatal básica que dote de uniformidad a la regulación de esta institución en todo el territorio nacional, y la dispersión normativa existente, hace necesaria la búsqueda de los puntos comunes en las regulaciones autonómicas, que nos permitan deducir e identificar unas características comunes de esta institución<sup>347</sup>.

Sin perjuicio de lo que establezcan las distintas comunidades autónomas con respecto a las especialidades de la intermediación hipotecaria y que, *de lege ferenda*, el legislador tenga en consideración la necesidad de una norma estatal que la regule. De momento,

---

<sup>347</sup> Entre otras, hemos analizado la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda en Andalucía (BOE, núm. 157, de 30 de junio de 2016); aunque otras muchas comunidades autónomas hacen referencia a la intermediación, como, por ejemplo, Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid (BOE, núm. 149 de 22 de Junio de 2012). Ley esta, que define el concepto de «empresa» en los siguientes términos: «Toda persona física o jurídica que, no siendo entidad de crédito, realice, de manera profesional, una actividad consistente en la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.a) de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito» [art. 2, letra c) sic]. Si bien, esta norma no regula nada más sobre este método extrajudicial.



para esta labor, partimos de lo señalado por la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, dado que esta norma resultará de aplicación supletoria a todo lo no regulado por las comunidades autónomas, salvo en las especialidades que la caracterizan, así como en lo establecido en el Real Decreto Ley 1/2013, de 14 de mayo, en donde se establecen los requisitos generales para solicitar la intermediación.

Ello nos llevar a afirmar, que toda intermediación hipotecaria, por esencia, va a estar caracterizada por su ámbito material de actuación, dado que está pensada para resolver los conflictos generados por el impago de las cuotas del préstamo hipotecario, contratado para la adquisición de la única vivienda o la vivienda habitual del deudor hipotecario.

Ello determina que el ámbito subjetivo del conflicto venga preestablecido. De tal modo que la parte activa del procedimiento será una persona física, que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, comercial, empresarial, oficio o profesión, dado que el inmueble que garantiza el préstamo hipotecario ha de estar destinado a la vivienda habitual.

Ello implica, a nuestro juicio, que no sea posible someter a la intermediación hipotecaria, los conflictos generados para el impago de las cuotas hipotecarias suscritas por personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica, por mucho que aquellos puedan tener la consideración de consumidores y usuarios por la normativa general de consumo, en aquellos supuestos en los que actúan sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad profesional o comercial (*ex art. 3 TRLGDCU*), porque muy difícilmente van a dedicar dicho inmueble a la vivienda habitual.

Ahora bien, la parte activa del procedimiento no queda limitada al deudor hipotecario que firma directamente el préstamo, pues en la mayoría de los casos, también podrá ser considerado deudor hipotecario a efectos de solicitar la intermediación hipotecaria, el avalista, al que le serán de aplicación las mismas condiciones que al deudor hipotecario.

Por otra parte, cabe plantearse, si es admisible la solicitud de intermediación hipotecaria en aquellos supuestos en los que, contratado el préstamo hipotecario con la finalidad de adquirir la vivienda habitual, este alquila dicho inmueble, siendo el inquilino

el que tiene el uso habitual de la vivienda. Para resolver esta cuestión, debemos indicar que dependerá de los servicios de intermediación que ofrezca cada comunidad autónoma:

- Hay comunidades autónomas que exigen que el procedimiento de intermediación hipotecaria recaiga sobre la vivienda habitual del deudor, como sucede en la mayoría de las comunidades autónomas y sus provincias (Andalucía, Castilla-La Mancha, Madrid, entre otras); y,
- Algunas otras que no solo ofrecen el servicio de intermediación para evitar el lanzamiento del prestatario, sino también para evitar el desahucio del inquilino por el arrendador, como sucede, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En este último supuesto debemos diferenciar, el término «*lanzamiento*» del término «*desahucio*», pues es cierto que los medios de comunicación, juristas y profesionales del derecho vienen haciendo referencia a ellos indistintamente, cuando son términos jurídicamente muy distintos. De hecho, las ejecuciones hipotecarias no pueden calificarse como desahucios. Y es que el desahucio no está relacionado con la ejecución hipotecaria, y viene producido por dos causas: (i) por la falta de pago del arrendatario (art. 250.1 en relación con el 22.4, párraf. 1º); o, por la expiración del plazo legal o convencional del contrato de arrendamiento.

En efecto, el término de lanzamiento se utiliza cuando hay un proceso de ejecución hipotecaria dirigido contra el deudor hipotecario; y, el de desahucio, cuando este se dirige contra el arrendatario de la vivienda.

Con todo lo anterior, queda claro que la intermediación hipotecaria en el ámbito arrendaticio es distinta de la que se desarrolla en materia hipotecaria. Y son distintas por los sujetos intervinientes en el conflicto. La intermediación que pueda darse por impago de alquiler es una intermediación que se desarrolla entre: el arrendador y el arrendatario.

A mayor abundamiento, la intermediación hipotecaria en materia arrendaticia, en aquellas comunidades que la permitan, solo será posible, si la relación jurídica puede calificarse como una relación de consumo. Ello dependerá de la calificación que se le dé al arrendador y al arrendatario, esto es, si el arrendador es calificado como empresario y

el arrendatario como consumidor, sí cabrá esta intermediación, pues de lo contrario la relación jurídica no queda amparada por la normativa de consumo.

Centrándonos en la intermediación en materia hipotecaria, que es a la que venimos refiriéndonos a lo largo de esta investigación, debemos plantearnos qué sucede con el inquilino que arrenda una vivienda para su uso habitual y el arrendador se encuentra o prevé encontrarse inmerso en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Podríamos plantearnos la teoría del tercero adquirente de buena fe que señala el artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria<sup>348</sup>:

*«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».*

No obstante, debe señalarse que esta presunción rige para la adquisición de un derecho real y, el arrendatario no tiene sobre el bien inmueble un derecho real, sino un derecho personal (de obligación) frente al arrendador, por lo que entendemos que esta teoría tampoco cabe aplicarse. Por ello, entendemos que el inquilino que arrienda una vivienda no está legitimado para iniciar el procedimiento de intermediación hipotecaria cuando sea el arrendador el que se encuentre o prevea encontrarse en un procedimiento de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que deriven del arrendamiento de la vivienda de mala fe.

Asimismo, para que el arrendador pueda iniciar el procedimiento de intermediación en el supuesto de que haya arrendado un bien y no sea su vivienda habitual, deberá acreditar que ha vivido y que ha arrendado la vivienda porque no dispone de liquidez para hacer frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario, pues sí el alquiler lo hace con otros fines, entendemos que no queda amparado bajo el ámbito de aplicación de la intermediación, dado que posiblemente el deudor no se encuentre en riesgo de exclusión social.

---

<sup>348</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE» núm. 58, de 27 de febrero de 1946).

Por otra parte, quedan fuera del ámbito de aplicación del servicio de intermediación hipotecaria, los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de segundas viviendas, debido al carácter extraordinario y especial de esta fórmula extrajudicial de solución de conflictos, que solo pretende la paralización de los lanzamientos de aquellos consumidores en riesgo de exclusión social. De hecho, esta circunstancia debe acreditarse documentalmente con la solicitud de intermediación.

Por ello, aunque la garantía hipotecaria recaiga sobre la vivienda habitual del prestatario, no será viable la intermediación hipotecaria, dado que, si aquel posee otros inmuebles o bienes patrimoniales susceptibles de embargo, no estará en riesgo de exclusión social.

Para la definición de umbral de exclusión, las oficinas de intermediación hipotecaria deberán tener en cuenta la normativa que fije tal cuestión, aunque tengan también en cuenta unos límites cuantitativos en torno a la cuota hipotecaria<sup>349</sup>.

Además, se puede establecer unos valores máximos en el precio de adquisición de la vivienda, debiendo de tener en cuenta los municipios donde están ubicados los inmuebles para el cálculo de dichas cantidades, así como otros indicadores como el valor de tasación del inmueble.

Si bien, este indicador del umbral de exclusión no permite, a nuestro juicio, apreciar los cambios sobrevenidos en la situación económica del deudor hipotecario, pues solo tiene en cuenta el valor del inmueble a fecha de la constitución de la hipoteca, sin tener en consideración otras circunstancias económicas que puedan hacer perder la solvencia al deudor de buena fe, como puede ser un ERE o un ERTE<sup>350</sup>.

De ahí, que todos los requisitos a los que hemos hecho referencia dependan de la situación personal y familiar del deudor hipotecario. Factores tales como, el número de

---

<sup>349</sup> En algunos servicios se establece que dicha cuota ha de ser superior al 50% del ingreso neto del conjunto de la unidad familiar.

<sup>350</sup> Para un mayor abundamiento sobre deudor de buena fe en la Ley de segunda oportunidad, *vid.*, BASTANTE GRANELL, V., *El “deudor de buena fe” en la Ley de segunda oportunidad: origen, fundamento y significado*, Comares, Granada, 2016, pp. 1-272.

miembros de la unidad familiar, o la existencia de personas dependientes a cargo del deudor, han de tenerse en cuenta para acudir a la intermediación hipotecaria.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta lo señalado por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes para la protección de los deudores hipotecarios, que en su artículo 3.2 indica lo siguiente: *«Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos (se refiere al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual), será además preciso que se cumplan los siguientes:*

*«a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma; c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; y, d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.*

Por otra parte, han de tenerse en cuenta, aquellas disposiciones normativas que en atención a circunstancias sobrevenidas flexibilicen o relajen los requisitos establecidos por el Real Decreto Ley 6/2012<sup>351</sup>.

En cuanto al requisito temporal de la exclusión social, el deudor hipotecario debe encontrarse en el presente en la situación económica que le hace imposible hacer frente al pago de la hipoteca, o bien encontrarse en dicha situación en un futuro inmediato, esto es, a corto plazo.

---

<sup>351</sup> Como el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE, núm. 91, de 1 de abril de 2020), que refiere en su artículo 16, la vulnerabilidad económica o los efectos de la moratoria hipotecaria, que modifica lo previsto en el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE, núm. 73, de 18 de marzo de 2020); y, que su vez, ha sido modificado por el Real Decreto 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (BOE, núm. 29, de 3 de febrero de 2021), que ha ampliado la duración de las moratorias y suspensiones establecidas por aquellas.

El acreedor hipotecario o entidad financiera también debe cumplir una serie de requisitos. La entidad que concede el préstamo debe ser el titular del derecho real hipotecario sobre el que recae la garantía hipotecaria. Y, por exclusión ha de ser una entidad que de manera profesional se dediquen a la concesión préstamos hipotecarios para la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual.

Ello plantea dudas en los supuestos de cesión de préstamos hipotecarios, pues normalmente la entidad bancaria con la que se suscribió el préstamo hipotecario es la que se adhirió al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración de las deudas hipotecarias, siendo ella la que se vería compelida a la intermediación, y no la entidad cesionaria.

### **2.3.5. Fases del procedimiento**

Como ya hemos señalado, la falta de una normativa estatal básica, unida a la cesión de competencias en materia de consumo y la asunción de la competencia exclusiva en materia de vivienda, ha producido una descentralización a nivel autonómico, municipal y local de esta materia, que no solo afecta a los requisitos de la solicitud de intermediación hipotecaria en función del lugar donde este sito el bien inmueble del consumidor, sino también a la falta de unos criterios uniformes en el desarrollo del procedimiento.

No obstante, ello no nos impide intuir unas fases comunes a todo procedimiento de intermediación, independientemente de dónde se vaya a llevar a cabo, habrá unas fases comunes: fase de inicio del procedimiento; fase de admisión a trámite de la solicitud a trámite por la Oficina de Intermediación Hipotecaria; otra fase relativa a la notificación a la entidad financiera y; eventualmente, la intermediación hipotecaria, que podrá concluir con la suspensión del lanzamiento o con la adopción de otras medidas, si es que la negociación asistida concluye con éxito.

#### **A) El inicio del procedimiento: la solicitud del deudor hipotecario y la documentación que la acompaña**

El deudor hipotecario puede iniciar la solicitud de intermediación por escrito, o de forma electrónica, pudiendo contactar con la oficina de intermediación donde esté situada

la vivienda a través de dos formas: a través de Internet, o personándose en la Oficina de Intermediación Hipotecaria donde se encuentra la vivienda habitual. Si opta por realizar la solicitud en línea, podrá pedir información, iniciar la solicitud y adjuntar la información necesaria a través de la página web correspondiente, pudiendo solicitar información en el teléfono de contacto o los correos electrónicos habilitados al efecto.

Como norma general, el deudor hipotecario deberá presentar la solicitud de intermediación indicando los siguientes extremos:

- Los datos del deudor hipotecario: nombre, apellidos, DNI y cargo o representación que ostenta), si actúa en nombre propio o representado por alguien y el medio de notificación preferente, que puede ser el correo electrónico o, si opta por el documento a papel, la dirección a efectos de notificación;
- Los datos de la entidad financiera: la sucursal u oficina, los datos del préstamo hipotecario, el capital pendiente de la hipoteca, la cuota mensual, el periodo pendiente para la amortización, la fecha última del recibo pagado; y,
- Un pequeño resumen o título expositivo por el que se inicia la solicitud, los hechos determinantes de la intermediación, y lo que solicita. Ello se traduce en señalar la situación en la que se encuentra el deudor, si no ha dejado de pagar, pero quiere buscar soluciones con la entidad financiera porque prevé que no podrá pagar las cuotas y requiere la intermediación para mejorar las condiciones y poder seguir pagando, o si ha dejado de pagar pero la entidad financiera no ha interpuesto la demanda ejecutiva, con la finalidad de solicitar orientación e intermediación con la entidad financiera y evitar el proceso de ejecución hipotecaria, o si se ha dejado de pagar y la entidad financiera ha interpuesto la demanda y el deudor se encuentra en cualquiera fase del proceso, incluido el lanzamiento, u otros hechos que el deudor quiera exponer.

El deudor hipotecario deberá adjuntar junto a la solicitud una serie de documentos que inciden sobre la situación económica del deudor. Así, deberá acompañar:

- El certificado de la entidad bancaria, especificando la situación actual del préstamo hipotecaria;

- Los documentos que acrediten la situación personal del deudor, si es copropietario y no convive con nadie, por tratarse de una separación y, en su caso, si hay sentencia o convenio de separación o divorcio, deberá aportarla al objeto de constatar las condiciones sobre el uso y el pago de la vivienda;
- Si se trata de más de un propietario, los datos y la autorización de todos ellos para llevar a cabo el procedimiento, acompañado del DNI de todos y el libro de familia;
- Los documentos que acrediten la situación laboral del deudor: el certificado del INEM que acredite el desempleo, si se cobran prestaciones por desempleo o, el certificado que acredite el cese de actividades, si es un autónomo;
- Los documentos que acrediten la situación económica en la que se encuentre: los ingresos de todos los miembros de la unidad familiar, la fuente de ingresos, y si esta es por trabajo, por prestación temporal, pensiones, y pensión compensatoria o pensión por alimentos, si las hubiere;
- Se deberá aportar copia de la demanda ejecutiva por parte de la entidad financiera, si la hubiere;
- El documento que acredite si se solicitó asistencia jurídica gratuita, el nombre del letrado designado o, por el contrario, si el deudor tiene un abogado particular realizando el trámite, se deberán reseñar los datos de su contacto; y
- En resumen, todo aquello que sirva para acreditar el riesgo de exclusión social.

## **B) La fase de admisión a trámite por la Oficina de Intermediación Hipotecaria**

Recibida la solicitud y la documentación que la acompañan, la Oficina de Intermediación Hipotecaria evaluará si concurren los requisitos exigidos al deudor, para poder acogerse a la intermediación hipotecaria.

Evaluada la solicitud y la documentación conforme a los requisitos que hemos señalado, la Oficina de Intermediación podrá admitir o inadmitir a trámite la solicitud, sin perjuicio del plazo de subsanación que deba conceder al deudor para que subsane algún defecto de forma de la que pueda adolecer la solicitud.

En el supuesto en el que se trate de la inadmisión a trámite por motivos materiales, como puede ser, por ejemplo, que el deudor no se encuentre en el umbral de exclusión, que no sea la vivienda habitual o sea la segunda vivienda del deudor, la oficina deberá



notificar al deudor de la inadmisión por el medio que el mismo hubiera designado en la solicitud, la imposibilidad de llevar a cabo el procedimiento y los motivos de la inadmisión.

Si el deudor cumple todos los presupuestos, la Oficina de Intermediación se lo notificará al deudor a la mayor brevedad posible y procederá al nombramiento de un intermediador<sup>352</sup>, que se encargará de variar cuestiones: de asesorar al deudor hipotecario, de redactar un informe con la documentación evaluada para que le sea notificada a la entidad financiera y de intervenir como tercero en el procedimiento de intermediación hipotecaria conforme a los principios de independencia, imparcialidad y neutralidad.

### **C) La notificación a la entidad financiera y las medidas que pueda adoptar**

Tras la evaluación por el intermediador, la Oficina de Intermediación Hipotecaria dará traslado de la documentación a la entidad financiera.

Ha de recordarse que la intermediación hipotecaria, en principio, no es un procedimiento obligatorio para la entidad financiera. Sin embargo, el Real Decreto Ley de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos incluyó un Código de Buenas Prácticas como Anexo a esta Real Decreto Ley. Código, que es de adhesión voluntaria para las entidades financieras o para cualquier otra entidad que, de manera profesional, se dedique a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios (art. 5.1). Si la entidad financiera está adherida al Código de Buenas Prácticas estará obligada a participar en el procedimiento de intermediación hipotecaria, una vez admitida a trámite la solicitud del deudor hipotecario (art. 5.4). Y esta, es la previsión que se ha ido prorrogando por un plazo de dos años de forma constante desde 2012, pues aquella adhesión no implica que la entidad financiera quede adherida para siempre.

De hecho, el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades de crédito adheridas es supervisado por una comisión de control constituida al efecto (art.

---

<sup>352</sup> Por ejemplo, si la vivienda habitual está situada en Almería, el nombramiento del intermediador se hará de entre los miembros que forman parte de la Junta Arbitral de Consumo de Almería, dado que es a ellos donde debe dirigirse la solicitud. No obstante, también podía elegirse de entre los miembros del Colegio de Abogados de Almería por el Convenio al que hicimos referencia anteriormente y cuya vigencia expiró en 2017.

6.1) en el seno del Banco de España<sup>353</sup>, y si el cliente no está de acuerdo con la tramitación de su solicitud del Código de Buenas Prácticas, podrá presentar una reclamación, la cual será tramitada y resuelta como si se tratase de cualquier otra reclamación ante el Banco de España, pudiendo incluso ser sancionadas<sup>354</sup>.

Por contra, el deudor al que indebidamente se le hayan aplicado las medidas de reestructuración de la deuda inmobiliaria o de las previsiones del Código, sin reunir los requisitos antes señalados, será responsable de los daños y perjuicios causados, así como de todos los gastos generados por la aplicación de las medidas de flexibilización; y, en igual responsabilidad incurrirá, si voluntaria y deliberadamente busca situarse en el umbral de pobreza para que se le apliquen aquellas medidas.

Las reclamaciones que deriven de los incumplimientos por parte de las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, serán tramitadas y resueltas como si se tratase de cualquier otra reclamación ante el Banco de España.

Por otra parte, el apartado 1º de este Código indica como medidas previas a la ejecución hipotecaria, la reestructuración de deudas hipotecarias. Lamentablemente, tales medidas de reestructuración tienen señalado un plazo preclusivo. Y es que, el deudor no podrá solicitar la reestructuración una vez que se haya producido el anuncio de la subasta. Límite temporal, que ha de entenderse aplicable también a la intermediación.

En cuanto a las actitudes que puede adoptar la entidad financiera van a depender en gran medida de las circunstancias económicas y personales, así como de los límites máximos que establece la norma en cuanto a los valores por los que se concedió el préstamo hipotecario.

En cuanto a las medidas de reestructuración de la deuda u otras medidas que puedan adoptarse, una de las especialidades de la negociación asistida es que, a diferencia de otros métodos de solución de conflictos, las posibles soluciones vienen estandarizadas en

---

<sup>353</sup> Está constituida por 11 miembros.

<sup>354</sup> Como motivo de la reclamación, el cliente puede alegar: (i) que el banco no informó convenientemente del Código de Buenas Prácticas; (ii) que la entidad no motiva la causa de denegación de la solicitud del cliente; (iii) que, estando situado en el umbral de pobreza, la entidad no ha formulado plan de reestructuración, etc.

el Código. Ello plantea la duda sobre la aplicación de medidas distintas. En este contexto, ha de partirse del hecho de que el Código no impide tal posibilidad, y en virtud de la autonomía de la voluntad, ha de entenderse que sí será posible que las partes adopten alguna medida no prevista en él.

Como primera medida a adoptar, señala la Ley 1/2013, que se pueden suspender los lanzamientos sobre la vivienda habitual del deudor hipotecario. Si bien, esta medida inicialmente, solo se podía adaptar durante los dos primeros años antes de la entrada en vigor de la ley (hasta el 16 de noviembre de 2014). Desde que se aprobara, ha venido prorrogándose de forma sucesiva<sup>355</sup>.

Tras la última fecha señalada, y en tanto no se acuerde una nueva prórroga, las entidades financieras adheridas al Código, no quedarán obligadas a aplicar las medias allí señaladas, sin perjuicio de que acepten voluntariamente su aplicación.

Por otra parte, la entidad financiera, a instancia del deudor hipotecario, deberá notificar, en el plazo de un mes, un plan de reestructuración en el que se concrete la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de las medidas contenidas en el plan. Y ello, sin perjuicio de que el deudor pueda presentar su propio plan, asesorado por el intermediador. En este supuesto, la entidad financiera no estará vinculada al plan que eventualmente formule el deudor [ap. 1º, letra b) LPDH]. Si bien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos que lo fundamenta.

Por otra parte, no podrán solicitar el plan de reestructuración, aquellos deudores inmersos en un proceso de ejecución hipotecaria, si en dicho proceso ya se ha producido el anuncio de la subasta.

Sin perjuicio de que se hagan mejoras adicionales de las condiciones de pago del préstamo hipotecario original, el nuevo plan de pagos debe recoger las siguientes condiciones:

---

<sup>355</sup> Por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, por el Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el Real Decreto 26/2020, de 7 de julio y, por el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero.

- Una carencia de la amortización del capital de 5 años. Ello supone que, durante dicho período, si el plan se aprueba, el deudor solo pagará intereses;
- Una ampliación del plazo de amortización, hasta un total de 40 años, a contar desde la concesión del préstamo;
- Una reducción del tipo de interés aplicable al Euribor + 0,25% durante el plazo de carencia. Así, durante los 5 primeros años desde la aprobación del plan, el deudor solo pagará la cantidad que resulte de aplicar el capital pendiente, un tipo de interés del Euribor + 0,25%;
- Con carácter indefinido, se dejarán de aplicar las cláusulas suelo;
- Además, la amortización anticipada del préstamo que se solicite durante los 10 años posteriores a la aprobación del plan, no conllevará costes.

Una vez aplicadas las condiciones, si la cuota a pagar es inferior al 50% de los ingresos de la unidad familiar, el plan será viable, en tanto que, si la cuota es superior al 50%, el plan será inviable, y la entidad deberá informar al deudor de las sucesivas medidas que prevé el Código, la quita (ap. 2º CBP), la dación en pago o, el alquiler social.

De ser viable el plan, se producirá una novación del préstamo hipotecario, manteniendo su rango el acreedor hipotecario.

#### **D) Suspensión del lanzamiento**

Sin perjuicio de una eventual suspensión del proceso de ejecución hipotecaria por acuerdo de las partes personadas en la ejecución (art. 565 LEC), en tanto se desarrolla la intermediación.

De desarrollarse por completo el proceso de ejecución, el deudor ejecutado podrá solicitar la suspensión del lanzamiento en virtud del artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 1 de la Ley 1/2013, que se ser acordada por auto del tribunal ejecutor, no solo afectará al lanzamiento del proceso de ejecución judicial o extrajudicial, sino también a las eventuales acciones de desahucio que por precario pudieran interponer los terceros adquirentes.

Y es que, esta medida de naturaleza procesal<sup>356</sup> no solo supone la suspensión del lanzamiento, sino que también implica la suspensión del derecho del adjudicatario a obtener la posesión del inmueble, conservando el ejecutado durante un tiempo la vivienda; y ello, si es que no se le otorga en alquiler social, dada que el deudor que se encuentre en riesgo de exclusión social, adquiere el reconocimiento de “consumidor vulnerable hipotecario”.

Medida esta, que en virtud del artículo 1 de la Ley 1/2013, otorga la posesión inmediata y provisional al ejecutado durante el tiempo que dura la suspensión, siendo título suficiente para formular oposición en el juicio de desahucio por precario, frente al acreedor al que se adjudicó el bien, o a la persona que actúe por su cuenta.

Más problemático es determinar, si resulta viable la extensión de la suspensión en caso de adjudicación de la vivienda a un tercero ajeno al acreedor, por aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo.

La respuesta a esta cuestión se halla en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 2021, que niega tal extensión al a ver actuado el tercero adquirente de buena fe, porque ni en la escritura de compraventa se ha hecho mención del auto de suspensión, ni esta constaba en el Registro de la Propiedad<sup>357</sup>.

#### **E) La terminación de la negociación asistida**

La terminación de este procedimiento extrajudicial también presenta ciertas peculiaridades respecto a otros procedimientos extrajudiciales; aunque en algunos casos se afirma que es una mediación de consumo especial, resulta cuanto menos dudoso; y ello es así, porque para que la entidad financiera esté obligada a intervenir en la intermediación, debe estar adherida previamente al Código de Buenas Prácticas. Y una vez que está adherida al Código, es de obligado cumplimiento para ellas.

---

<sup>356</sup> Entiende Cordón Moreno, que es una medida de carácter procesal, pero también de carácter sustantivo, dado que proporciona al ejecutado un título que justifica la posesión (CORDÓN MORENO, F., “Suspensión del lanzamiento en ejecución hipotecaria, juicio de desahucio por precario promovido por tercero y recurso de casación, en *Gómez Acebo & Pombo*, 2021).

<sup>357</sup> STS (Sala 1ª), núm. 502/2021, de 7 de julio (núm. de recurso: 677/2020).

Ello quiere decir, que si la Oficina de Intermediación Hipotecaria ha evaluado positivamente la solicitud del deudor y cumple los numerosos requisitos a los que está sometido, parece que la intermediación hipotecaria debe finalizar con una solución positiva, pues la entidad financiera ha quedado vinculada al Código por su adhesión previa.

Ello no quiere decir que, en principio, la adopción de una medida sea obligatorio para la entidad financiera, pero lo cierto es que, si la Oficina de Intermediación ha evaluado positivamente las solicitudes y el deudor hipotecario cumple todos los requisitos a los que hemos hecho referencia, una vez que da traslado de la documentación del deudor a la entidad financiera, no cabe la posibilidad de que la entidad financiera no ofrezca, al menos, las soluciones previstas en el Código y, ni mucho menos, que decline la participación en el procedimiento, pues ha mediado una adhesión previa que le vincula a ofrecer al deudor las posibles medidas a adoptar.

Por lo tanto, la adhesión al Código de Buenas Prácticas de la entidad financiera implica una doble obligación para la entidad financiera: de un lado, que el procedimiento es de participación obligatoria una vez recibida la documentación del deudor por la Oficina de Intermediación Hipotecaria; y, de otro, que la medida adoptada es vinculante para la entidad financiera, en tanto que, si no está adherida, no es obligatoria la participación en el procedimiento, ni está obligada a la adopción de una medida.

Con todo ello, entendemos que en la adopción de la medida es fundamental el papel del intermediador, que deberá asesorar al deudor, pero no resuelve ni propone soluciones a las partes para la adopción de la medida, sin perjuicio de que guiará al deudor si presenta un plan de reestructuración o a adoptar la medida que ofrezca la entidad financiera más beneficiosa para él.

Y esta es una de las peculiaridades de la negociación asistida, que se diferencia de la mediación, porque el intermediador no propone activamente soluciones a las dos partes, y tampoco firma el acta final que recoja el documento con la medida a adoptar.

Con todo lo expuesto, entendemos que la intermediación hipotecaria es una negociación asistida, porque el intermediador realiza una función asesora con el deudor

hipotecario y su intervención es distinta y en menor grado que la que realiza el mediador en la mediación de consumo.

### **2.3.6. Especialidades de algunos procedimientos de intermediación hipotecaria**

A continuación, analizaremos la intermediación hipotecaria en Cataluña, por ser pionera en la materia y, en Andalucía, por razones evidentes de cercanía, al tratarse de nuestra Comunidad Autónoma.

#### **A) La intermediación catalana**

La primera Oficina de Intermediación que se implantó en España fue instaurada en Cataluña, en el año 2010, recibiendo el nombre de *Ofideute*<sup>358</sup>. Esta Oficina, dependiente a su vez de la Agencia de Vivienda de la Generalitat de Cataluña, fue emulada dos años más tarde por la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se denominó Servicio de Mediación Hipotecaria, dependiente del Departamento de Justicia y Administraciones Públicas en colaboración con el Departamento de Consumo de Euskadi.

La causa de centrarnos en el modelo catalán de intermediación se debe a que es el que más dudas de constitucionalidad ha planteado, no en vano frente a la ley que la regula, se planteó un recurso de inconstitucionalidad<sup>359</sup>. En concreto, las dudas de constitucionalidad iban referidas a los artículos 3, 8, 13, 17, 18.2 y 20, así como a la Disposición adicional primera de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> En este sentido, también fue pionera, la Oficina de Intermediación Hipotecaria del Excmo. Ayuntamiento de Torrelavega, siendo un proyecto presentado por la Asociación de Mediación de Cantabria (AMECAN) a su Ayuntamiento, para combatir los lanzamientos hipotecarios. Para un mayor abundamiento sobre el procedimiento de intermediación en Cantabria, *vid.*, CEBALLOS PEÑA, D., “La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social”, en *Revista de Mediación*, núm. 1, 2013, pp. 23-29.

<sup>359</sup> Admitido a trámite por Providencia del Tribunal Constitucional, de 6 de octubre de 2015.

<sup>360</sup> BOE, núm. 18, de 21 de enero de 2015.

Y es que, el artículo 8 de la citada norma añadía un nuevo apartado 3º al artículo 132-4 de la Ley 22/2010, en el que se recogía la competencia de la Generalitat para instaurar la intermediación hipotecaria<sup>361</sup>, pero no de cualquier manera, pues la regula con carácter obligatorio, o lo que es lo mismo, como un presupuesto previo al ejercicio de acciones en la vía judicial o administrativa, cuando el procedimiento se hubiera de desarrollar en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Y es que, el apartado 3º del citado precepto invade una de las competencias exclusivas del Estado, que, además, entronca con uno de los principios de la potestad jurisdiccional, es decir, el principio de unidad. Principio, según el cual, la potestad legislativa en el desarrollo de la Administración de Justicia le corresponde al Estado (art. 149.1, ap. 5 CE), así como le corresponde la regulación de la legislación procesal (art. 149.1, ap. 6 CE), en tanto les corresponde a las comunidades autónomas con competencias transferidas, únicamente, la regulación de la “administración de la Administración de Justicia”.

Aclarado que las comunidades autónomas no pueden establecer requisitos de procedibilidad que impidan el acceso a la jurisdicción, corresponde ahora pronunciarnos sobre la viabilidad de una intermediación hipotecaria obligatoria.

De momento, no existe norma estatal que prevea tal posibilidad ni que lo impida, sin perjuicio de lo que más tarde analizaremos al hilo del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación<sup>362</sup>, así como del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia<sup>363</sup>. Tanto es así, que la Ley relativa a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo permite la imposición de métodos extrajudiciales obligatorios, salvo que el procedimiento de participación obligatoria impida el acceso a la vía judicial (*ex art. 9*). Supuesto este, que no sucede con la intermediación hipotecaria, dado que se basa en una solución negociada del conflicto.

---

<sup>361</sup> Nótese que Cataluña ha optado por denominar la intermediación, como mediación hipotecaria. Si bien, expuestas las diferencias entre esta negociación asistida y la mediación, consideramos que hubiera sido más acertado hacer referencia a esta fórmula con el término intermediación.

<sup>362</sup> *Vid., infra*, en el apartado relativo a la mediación de consumo.

<sup>363</sup> *Vid., infra*, en el Capítulo tercero. Pérez Daudí, por su parte, se refiere a la intermediación como mediación, y señala la necesidad de que sea perceptiva en los procesos hipotecarios [PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, en *Diario La Ley*, núm. 8541, 2015, p.1].



De lo dicho hasta ahora, podemos intuir la importancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018. En ella, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre tres aspectos fundamentales:

- Primero, sobre la imposición *ex lege* de un modelo de intermediación en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva;
- Segundo, sobre la posibilidad que tal modelo de intermediación sea impuesto por una norma autonómica que regule la intermediación como un presupuesto previo a la vía administrativa o la vía judicial; y,
- Tercero, sobre las funciones que la Comunidad Autónoma de Cataluña puede atribuir en su norma a los intermediarios.

En lo que respecta al primer aspecto, el Tribunal Constitucional no descarta el establecimiento de un procedimiento de intermediación obligatorio previo a la vía judicial, al entender que dicho presupuesto no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Y es que, no hay inconveniente en que nuestro ordenamiento jurídico pueda establecer la obligación de acudir a una (inter)mediación previa al ejercicio de acciones, en aras a reforzar la protección de los consumidores; y más, teniendo en cuenta que el eventual acuerdo no impediría acudir a la vía judicial (*ex arts. 1 y 49 DRACMC*).

En este sentido, Adán Domènech niega rotundamente la existencia de cualquier violación al derecho a la tutela judicial efectiva, pues en su opinión, la ejecución hipotecaria es una “*modalidad especial del proceso ejecutivo*”<sup>364</sup>, condicionada a una serie de requisitos tanto civiles, como procesales. Entre ellos, cabe señalar: la expedición de la primera copia de la escritura pública con carácter ejecutivo; y, la obligación de que en la escritura de constitución conste el domicilio del deudor y el precio de tasación de la vivienda (art. 682 LEC).

De tal forma, que el autor concluye que la falta de cumplimiento de este requisito no ha de entenderse como impedimento al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, sino como un límite a una modalidad concreta del proceso de ejecución, la ejecución

---

<sup>364</sup> Entendemos que más que una modalidad especial del proceso ejecutivo es un procedimiento especial de ejecución.

hipotecaria, que estará condicionada al requisito de haber acudido a la mediación previa<sup>365</sup>.

En cuanto al segundo aspecto, ya hemos señalado que el establecimiento de tal modelo de (inter)mediación por una norma autonómica invade las competencias estatales, dado que la legislación procesal es una competencia exclusiva del Estado.

Finalmente, en lo que respecta a la competencia para fijar las bases de la ordenación del crédito a través de una norma autonómica, y si esta invade o no competencias exclusivas del Estado, es doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional, que las comunidades autónomas que tengan asumidas competencias en materia financiera podrán ejercitarlas conforme a lo dispuesto en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018 y de 28 de enero de 1983<sup>366</sup>.

Ello significa que la norma estatal fijará las bases de la regulación de la ordenación del crédito, entendiéndose por tal: «*las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios*», correspondiéndole a las comunidades autónomas reglamentar y ejecutar dicha Ley de Bases, pormenorizando lo que en aquella se contiene.

— *El procedimiento*: lo primero que destaca de la Oficina de Intermediación de Ofideute es que no solo va a ofrecer asesoramiento y mediación sobre deudas hipotecarias, sino que también podrán iniciarse ante ella otros trámites, como es el asesoramiento y solicitud de mediación en materia de alquiler de la vivienda habitual.

Así pues, las prestaciones que dispensa van dirigidas a los siguientes colectivos:

---

<sup>365</sup> Cfr., ADÁN DOMÈNECH, F., “¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?” en *Nuevos horizontes de derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch, 2016, p. 201; y, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Mecanismos “alternativos” frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual”, en *Revista jurídica de la Universidad de León*, núm. 2, 2015, p. 49.

<sup>366</sup> STC (Pleno), núm. 54/2018 (*cit.*).

1. A las familias hipotecadas, propietarias de una vivienda, y que la misma sea destinada al habitual;
2. A los avalistas de los préstamos con garantía hipotecaria que, por motivos de impago, estén en riesgo de perder su vivienda principal;
3. A los consumidores, avalistas y terceros hipotecantes (fiador real) que:
  - Detecten cualquier cláusula o práctica abusiva en el contrato de préstamo hipotecario;
  - Puedan encontrarse en dificultades para pagar el préstamo o crédito hipotecario o prevean que no podrán hacerlo en un futuro; y,
  - Hayan recibido la notificación del inicio del proceso ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor.
4. A los deudores con riesgo de perder su vivienda habitual en los supuestos de arrendamiento.
5. Además, Ofideute lleva a cabo otras funciones distintas a las que hemos mencionado, pues se encarga de la tramitación de las prestaciones de especial urgencia para la vivienda habitual.

En cuanto al plazo para solicitar la intermediación hipotecaria en el supuesto de insolvencia o sobreendeudamiento del deudor, podrá solicitarse en cualquier momento, pudiendo iniciarlo cualquier persona consumidora vulnerable o sus representantes, así como la entidad financiera. Esta solicitud deberá de dirigirse a la secretaria de la Sección Territorial de la Comisión de Vivienda y Asistencia para Situaciones de Emergencia, donde la persona tenga su residencia habitual<sup>367</sup>.

Recibida la solicitud de intermediación, la Comisión resolverá sobre su admisión a trámite en el plazo de 2 meses, para emitir, en su caso, una resolución, que si es de admisión, tendrá el carácter de acuerdo de iniciación del procedimiento, con vinculación

---

<sup>367</sup> La documental que ha de acompañarse a la solicitud está dirigida a acreditar la identidad, la situación familiar y personal del deudor o, en su caso, la del avalista o fiador, debiendo aportarse entre otra documentación: el DNI, el empadronamiento histórico de residencia, la declaración del IRPF o el certificado del paro, el certificado de discapacidad, en su caso y, cuantos documentos acrediten los gastos y situación patrimonial del deudor y su familia.

para los acreedores que lo acepten de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles<sup>368</sup>.

La solicitud de intermediación podrá inadmitirse a trámite por tres motivos: (i) porque el solicitante no se encuentra en una situación de sobreendeudamiento; (ii) cuando haya certeza de que se han dado datos falsos o se han omitido datos especialmente relevantes; o; (iii) cuando el deudor se vea privado de capacidad de obrar. Motivo de inadmisión que ha de entenderse matizado por lo previsto en su normativa correspondiente.

Si no concurren causas de inadmisión, se le notificará al acreedor el acuerdo de iniciación, al que se le concede un plazo de 20 días para aceptar la (inter)mediación y/o aportar propuestas alternativas que permitan enderezar la situación de sobreendeudamiento del deudor, así como formular objeciones respecto a la deuda declarada, manifestando su desacuerdo respecto al importe de la deuda o de los intereses.

Entre otras, el acreedor puede decidir suspender los intereses moratorios y solicitar la suspensión del procedimiento de ejecución que hubiese instado. De aceptarse la (inter)mediación, el (inter)mediador intentará que las partes lleguen a un acuerdo en la fecha y hora señaladas en el acuerdo de iniciación.

Le corresponde también al (inter)mediador la elaboración de un estudio de orientación con el análisis del activo actual y futuro previsible del deudor, en el que se tendrá en cuenta la situación personal y familiar del deudor. En él se establecerá un plan de saneamiento consensuado con el solicitante que, posteriormente será entregado a los acreedores con carácter previo a la sesión de (inter)mediación.

Durante la sustanciación del procedimiento, podrán celebrarse todas las sesiones que sean necesarias para llegar a un acuerdo o adoptar alguna de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, sin que excedan tales actuaciones el plazo de 2 meses, sin perjuicio de que, el (inter)mediador puede ampliar dicho plazo hasta un máximo de 6 meses.

---

<sup>368</sup> Dicho artículo dispone 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».

Si se adopta algún acuerdo o medida estandarizada en el Código de Buenas Prácticas, se extenderá un acta y el (inter)mediador elaborará una propuesta definitiva del plan de saneamiento, que supondrá el cierre del procedimiento de intermediación, debiendo presentarse dicha propuesta a la ratificación de la Comisión.

De no haberse adoptado ninguna medida o acuerdo, la Comisión concluirá el procedimiento con una resolución que detallará el plan de saneamiento propuesto, haciendo constar los puntos de acuerdo y desacuerdo, así como las recomendaciones que considere pertinentes.

Esta resolución se notificará a las partes, y tendrá naturaleza administrativa, pudiéndose interponer contra ella recurso de reposición o, en su caso, recurso contencioso-administrativo en el plazo de 2 meses.

## **B) La intermediación andaluza**

Al contrario que la Generalitat, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud de la asunción de competencias en materia de consumo que se realiza en su Estatuto de Autonomía<sup>369</sup> ha regulado la mediación extraprocésal, en la que se encuadra la intermediación hipotecaria, como un procedimiento extrajudicial de carácter voluntario<sup>370</sup> recogido en la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda<sup>371</sup>:

*«La Administración de la Junta de Andalucía fomentará la mediación extraprocésal entre las empresas prestamistas y las personas consumidoras y usuarias, previa o simultáneamente con cualquier otro procedimiento de ejecución judicial o notarial, al objeto de alcanzar una solución consensuada, encaminada hacia la búsqueda de acuerdos que hagan viable que la persona consumidora y usuaria conserve la propiedad de la vivienda y, subsidiariamente, la posibilidad de mantener el uso de*

---

<sup>369</sup> La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE, núm. 68, de 20 de marzo de 2007) señala que: La Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1, apartado 11 y 13 de la Constitución Española, en la 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 (art. 58.2. ap. 4º).

<sup>370</sup> FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., “La mediación hipotecaria de Andalucía. Examen de la repercusión jurídico procesal y la habilitación competencial de la Ley 3/2016 que la instaura”, en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017, p. 3.

<sup>371</sup> BOE, núm. 157 de 30 de junio de 2016.

*esta»* (art. 17.3 *sic*)<sup>372</sup>.

La Junta de Andalucía, a través del Sistema Andaluz de Información y Asesoramiento Integral en materia de Desahucios ofrece información sobre las soluciones extrajudiciales. Con esta finalidad se crea el denominado Tribunal Arbitral Andaluz para ejecuciones hipotecarias y desahucios, correspondiéndole a la Sección de Arbitraje para Ejecuciones Hipotecarias y Desahucios, creados en el ámbito de la Junta Arbitral de Consumo de Andalucía, la negociación asistida en materia hipotecaria [art. 17, letra *d*) LPDC].

A tal efecto, se crean órganos de mediación sectoriales, constituidos en el seno del Consejo Andaluz de Consumo y sus Consejos provinciales. De esta forma, la intermediación hipotecaria se circunscribe en el ámbito de actuación de las Junta Arbitral andaluza y de las Juntas Arbitrales provinciales, correspondiendo a ambas administraciones, la obligación de promover que las empresas prestamistas que otorguen préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas se adhieran al Sistema Arbitral de Consumo.

Como epílogo de este apartado, concluimos indicando que las distintas Diputaciones provinciales han promovido la creación de Oficinas Provinciales de Intermediación Hipotecaria, suscribiendo convenios de colaboración con los Colegios de Abogados, que asumen el asesoramiento y orientación de los demandantes de información.

### **3. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO**

#### **3.1. Antecedentes**

Antes de aprobarse la Directiva 2013/11/UE, que fomenta la mediación en la resolución de los conflictos derivados de la relación de consumo, ya se había intentado impulsar la medición en otros instrumentos normativos, pero su máximo exponente se produjo con la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, que sienta las bases de cómo ha

---

<sup>372</sup> De este modo, Andalucía no regula el procedimiento de intermediación o mediación extraprocésal, sino más bien se limita a fomentarla. Sin perjuicio de que la mediación de consumo y la intermediación hipotecaria son competencia de las autonomías, deberán también adaptar su funcionamiento a la Ley de Mediación, pues la mediación de consumo y los procedimientos extrajudiciales que deriven de ella —la intermediación hipotecaria— deberán adaptarse a lo previsto en esta norma.

de considerarse a esta institución, al señalar que: «*La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes*» (cdo. 19).

Con este objetivo en mente, el legislador europeo trató de promover un uso más frecuente de la mediación en la Unión Europea, garantizando a las partes que acudan a este método extrajudicial de resolución de conflictos, un marco jurídico predecible de los efectos y de la eficacia que ha de darse al acuerdo de sometimiento de la cuestión litigiosa a mediación; y, en su caso, al propio acuerdo alcanzado en su seno, estableciendo una legislación marco que aborden los Estados miembros en sus respectivas leyes de transposición, así como en las que se regulen los aspectos fundamentales de su eficacia en el proceso civil. Concretamente, en España ese objetivo encuentra su paraguas en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. No obstante, esta Ley dejó fuera de su ámbito de aplicación un conjunto de materias entre las que se enumeraba, precisamente, a las relaciones de consumo [art. 2.2, d)]<sup>373</sup>.

Tres eran los posibles motivos de esta exclusión:

- En primer lugar, el número tan elevado de normas imperativas que disciplinan las relaciones de consumo;
- En segundo lugar, el carácter voluntario de la mediación que pudiera ponerse en tela de juicio en unas relaciones en donde hay una parte más débil, el consumidor; y,
- En tercer lugar, que la mediación es una materia cuya regulación les corresponde a las comunidades autónomas<sup>374</sup>. De ahí, que la única mediación operativa en asuntos de consumo antes de la aprobación de la Ley 7/2017, fuera la mediación

---

<sup>373</sup> El tenor literal del precepto era el siguiente: «*Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal; b) La mediación con las Administraciones públicas; c) La mediación laboral; d) La mediación en materia de consumo*».

<sup>374</sup> Y ello, si no se tienen en cuenta los problemas de interpretación que pudiera ocasionar el considerando 11 de la Directiva 2008/52/CE en relación al considerando 18, por cuanto que el primero señala 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*».

desarrollada en el seno del arbitraje de consumo, con la gestión por parte de las Juntas Arbitrales de Consumo de dicha mediación. Así, el artículo 6 del Real Decreto 231/2008 dedicado a las «*Funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo*» atribuye a este órgano la labor de fomento de la mediación, con carácter previo a la resolución del conflicto por el árbitro o colegio arbitral, una vez admitida a trámite la solicitud de arbitraje.

En este sentido, es de agradecer que la Directiva 2013/11/UE y nuestra norma de transposición, la Ley 7/2017, hayan incluido a este método de resolución de conflictos como una alternativa perfectamente válida para resolver las controversias derivadas de las relaciones de consumo, modificando paralelamente tanto la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles como nuestro artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ello no quita que su estudio sea uno de los más complejos, por cuanto que el análisis del procedimiento requiere de un examen de toda la normativa autonómica, al corresponder la regulación de la mediación, principalmente, a las comunidades autónomas. Pero, si resulta complejo su estudio por la dispersión normativa, más complejo es si cabe, si esta mediación va referida a una relación de consumo, por todo lo dicho anteriormente que caracteriza a este tipo de relaciones, y que impidió en su momento su inclusión en la Ley de Mediación.

Por ello, hemos de partir del estudio de la mediación desarrollada en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo, esto es, de la que se puede seguir al hilo del Sistema Arbitral de Consumo. Ello implica la necesidad de analizar la Ley General de Consumidores y Usuarios, en las que se recogen las premisas generales del arbitraje de consumo.

El Sistema Arbitral del Consumo, nos dice la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es el sistema extrajudicial de resolución 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 (art. 57



sic). En este punto, debemos señalar que el mencionado artículo no hace referencia alguna a la mediación de consumo, pero tampoco la excluye.

Es en el Real Decreto 231/2008, que regula el Sistema Arbitral de Consumo en donde encontramos una sucinta regulación de la mediación, y se regula meramente como un eventual trámite dentro del propio procedimiento arbitral de consumo; clara es en este sentido la rúbrica del artículo 38<sup>375</sup>. Trámite que tendrá carácter voluntario en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.1 en relación con el artículo 37.3, dado que las partes podrán aceptar la invitación a llegar a un acuerdo o rechazar la mediación previa, continuando el procedimiento arbitral<sup>376</sup>.

Así, la mediación de consumo, método propiamente autocompositivo, se contempla en el Real Decreto, como un trámite procedimental del arbitraje que, de ser aceptado por las partes daría lugar a la suspensión del procedimiento arbitral, en tanto y en cuanto se intenta la mediación; siendo esta la única referencia expresa de este método de solución de conflictos en el Real Decreto, lo cual obliga a una remisión a la regulación general de la mediación en cuanto a su tramitación y eficacia, esto es, una remisión a lo dispuesto en la Ley 5/2012 y, en su caso, de existir, a la regulación autonómica sobre esta materia.

### 3.2. Concepto

La delimitación conceptual de lo que se considera mediación puede hallarse en la normativa europea, que la define como: «*un procedimiento estructurado, sea cual sea su*

---

<sup>375</sup> En concreto este precepto indica que: «1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. 2. La mediación se registrará por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta. 3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros».

<sup>376</sup> Estos preceptos señalan respectivamente que: «en la oferta pública de adhesión se expresará si se opta por que el arbitraje se resuelva en derecho o en equidad, así como, en su caso, el plazo de validez de la oferta y si se acepta la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales. En el supuesto de no constar cualquiera de estos extremos, la oferta se entenderá realizada en equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de la mediación previa»; y, «En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa en los supuestos en que proceda y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presente los documentos que estime pertinentes o proponga las pruebas de que intente valerse».

*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 ayuda de un mediador» [art. 3, a) DMACM]. Definición esta, que más o menos reproduce nuestra Ley de Mediación al definirla como: «aquél medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (art. 1 LMACM)<sup>377</sup>.*

Para ser más precisos, en materia de consumo, la mediación es aquella fórmula o método de resolución de conflictos, que puede hacerse efectiva en el ámbito judicial o extrajudicial, cuando las dos partes de un conflicto intentan voluntariamente alcanzar un acuerdo, interviniendo una tercera persona, llámese entidad de resolución alternativa de conflictos que puede esté o no acreditada.

Por tanto, puede estar o no encuadrada dentro de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos regulados en la Ley 7/2017; y de ello dependerá si es competente para resolver conflictos de carácter nacional, exclusivamente, o transfronterizos.

### **3.3. La mediación de consumo en la normativa autonómica**

El motivo de que el Real Decreto 231/2008 no realice una regulación pormenorizada de la mediación, deriva de que las comunidades autónomas han asumido competencia legislativa en materia de consumo y comercio interior, al no estar estas materias expresamente enumeradas en ninguna de las listas de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española<sup>378</sup>. Si bien, hemos de advertir que propiamente, no existe ninguna

---

<sup>377</sup> Para González Pillado, lo que define a la mediación de consumo es que las partes son las protagonistas del acuerdo que pone fin al conflicto que les enfrenta, de tal forma que el objetivo perseguido en la mediación es que ellas mismas lleguen a alcanzar ese acuerdo. Si bien es cierto, que es consustancial a la mediación, la existencia de un tercero que ayude a las partes a alcanzar ese acuerdo de voluntades. De tal forma que no puede hablarse de mediación si no hay intervención de un tercero que desarrolle esa función de acercamiento entre las partes. En sentido contrario, si el acuerdo se alcance *inter-partes* y sin intervención de un tercero, no podrá hablarse de mediación, sino de negociación o transacción. Y todo ello, teniendo en cuenta que la intervención del mediador no puede suponer la imposición de su criterio a las partes [cfr. GONZÁLEZ PILLADO, E., “La mediación en materia de consumo”, en *Arbitraje y mediación de consumo* (González Pillado, coord.), Tecnos, Madrid, 2012, p. 69].

<sup>378</sup> De ahí que, la Exposición de motivos del Real Decreto señala que: «Se resuelven en este Real Decreto cuestiones que, ante la falta de regulación expresa, habían sido objeto de controversias en las Juntas Arbitrales de Consumo, llevando a pronunciamientos dispares y a la disgregación del sistema. Se aclaran, en consecuencia, cuestiones tales como las materias que pueden ser objeto de arbitraje de 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

ley autonómica que regule la mediación de consumo<sup>379</sup>, pues solo existen dos leyes que regulan la mediación de derecho privado con carácter general: la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación Privada de Cataluña<sup>380</sup> y, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria<sup>381</sup>.

En este contexto, ha de entenderse que la remisión del artículo 38.2 del Real Decreto<sup>382</sup> ha de ir referida a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, o en su caso, a las dos leyes autonómicas antes citadas. Tanto es así, que los estatutos del consumidor, los códigos de consumo, y las demás normas autonómicas de protección de los consumidores y usuarios, se limitan a reconocer a la institución de la mediación como un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos de consumo, sin realizar un análisis completo de este método<sup>383</sup>.

### **3.4. La mediación de consumo como sistema autónomo e independiente**

Los preceptos a los que hemos hecho alusión en las líneas precedentes nos llevan a plantearnos la duda de si cabe acudir a una mediación autónoma e independiente de la mediación que administran las Juntas Arbitrales de Consumo. En este sentido, antes de la

---

*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».*

<sup>379</sup> Y ello, a pesar de que la mayoría de los Estatutos de autonomía atribuyen esta materia a las respectivas Comunidades Autónomas, por ejemplo, el artículo 58.2, apartado 4º del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de defensa de los derechos de los consumidores y en la regulación de los procedimientos de mediación, como también lo hacen: el artículo 49.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña [Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, e reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE, núm. 172, de 20 de julio de 2006)]; el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco [Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE, núm. 306, de 22 de diciembre de 1979)]; el artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Galicia [Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (BOE, núm. 101, de 28 de abril de 1981)]; y, el artículo 30.47 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares [Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (BOE, núm. 52, de 01 de marzo de 2007)].

<sup>380</sup> Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (BOE, núm. 198, de 17 de agosto de 2009).

<sup>381</sup> Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE, núm. 99, de 26 de abril de 2011). No ocurre lo mismo, en cambio, con los asuntos de familia, respecto de los cuales prácticamente todas las comunidades autónomas cuentan con su normativa propia.

<sup>382</sup> Es importante resaltar que el artículo 38.2 no hace referencia expresa a la normativa que regula la mediación, pero deducimos de la Exposición de Motivos que se refiere a la legislación autonómica que corresponda.

<sup>383</sup> *Vid.*, entre otros, la Ley 16/2014, de 23 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (BOJA, núm. 253, de 29 de diciembre de 2014); la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores y Usuarios de Madrid (BOE, núm. 206, de 28 de agosto de 1998); y, la Ley 22/2010, de 20 de julio, que regula el Código de Consumo de Cataluña (BOE, núm. 196, de 13 de agosto de 2010).

modificación de la Ley de Mediación por la Ley 7/2017, Vázquez de Castro consideraba que la mediación era un sistema de resolución de conflictos dependiente y complementario al arbitraje<sup>384</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio no parece que esa fuera la intención del Gobierno al regular la mediación en el seno del procedimiento arbitral, dado que como hemos dicho, esta se configura como un trámite previo del mismo (*ex art. 38 RDSAC*). A mayor abundamiento, si se tiene en cuenta que para que tenga lugar la mediación se ha debido previamente de solicitar el arbitraje de consumo. De tal forma que la Junta Arbitral invita a las partes a una sesión exploratoria del conflicto sin que ello conlleve obligatoriamente permanecer en el procedimiento de mediación. Si bien, de permanecer, les permite una mayor flexibilidad en la solución del conflicto, si es que llegan a un acuerdo y sin los efectos excluyentes del laudo arbitral<sup>385</sup>.

Por otra parte, Vázquez de Castro, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 7/2017 señaló que: *«la aceptación tácita para someterse a una mediación previa al arbitraje va implícita en la propia asunción del sistema arbitral como medio de solución de conflicto. Realmente esta concepción implica que la mediación en consumo se llega a confundir o integrar en el propio sistema arbitral»*<sup>386</sup>.

Afirmación que nos resulta cuestionable, dado que el consumidor puede solicitar arbitraje y rechazar en cualquier momento la mediación de consumo. De ello, podemos deducir que no existe una obligación tácita de someter el conflicto a la mediación, por mucho que al realizar el empresario la adhesión al sistema arbitral de consumo se someta

---

<sup>384</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (Fernández Canales, coord.), Madrid, Reus, 2010, p. 206.

<sup>385</sup> En el mismo sentido se han posicionado, Reyes López y Pajín Echevarría, que entienden que antes de iniciarse el procedimiento arbitral se procura la mediación como cauce de la resolución de quejas o reclamaciones que puedan plantear los consumidores y usuarios [Cfr., REYES LÓPEZ, M., “La reforma del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios en materia de arbitraje”, en *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y Reino Unido* (Palao Moreno ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 247; y, PAJÍN ECHEVERRÍA, P., “La necesaria coordinación en el ámbito de la resolución alternativa de los conflictos de consumo en Europa: el caso español”, en *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido* (Palao Moreno, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 200].

<sup>386</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *ibidem*, p. 214.

también a la mediación, pues ello sería contrario al principio de voluntariedad que rige el sistema arbitral de consumo.

La entrada en vigor de la Ley 7/2017, ha cambiado totalmente el panorama, dado que permite que los conflictos de consumo se resuelvan por una mediación distinta a la desarrollada en el seno del Sistema arbitral de consumo, siempre que se realice por una entidad acreditada. En este aspecto, ya nada impide la solución del conflicto por este sistema, al margen del procedimiento arbitral de consumo<sup>387</sup>. Y, aunque la norma no dice nada, al igual que la mediación puede suspender el proceso por común acuerdo de las partes para someter el conflicto a mediación, podrá suspender el arbitraje ya iniciado.

### **3.5. El mediador de consumo**

#### **3.5.1. Posición, requisitos y principios**

Partiendo de que las personas físicas llamadas a participar en la resolución del conflicto ha de cumplir los requisitos de independencia e imparcialidad. Lo que caracteriza al mediador de consumo es que forma parte en la resolución del conflicto con una actitud más activa, acercando a las partes para que sean ellas mismas las que adopten una solución al conflicto.

Ello no impide, claro está, que el mediador pueda hacer propuestas a las partes con el único objetivo de que aquellos lleguen a un acuerdo, sin que sus propuestas sean vinculantes para las mismas. En este punto encuentra la labor realizada por el mediador su principal diferencia con la que realiza el árbitro, o el propio juez, dado que estos imponen una solución vinculante a las partes.

---

<sup>387</sup> Para un mayor abundamiento sobre el procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles con carácter previo a la eliminación del artículo 2.2, letra *d*), por la que se excluía la mediación en materia de consumo, *vid.*, GÓMEZ AMIGO, L., “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31, 2013, pp. 1-28. Para una perspectiva comparada de la mediación en Italia y en España, *vid.*, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La mediación civil y mercantil en Europa: estudio de comparado del Derecho italiano y español”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012, pp. 139-157; y, más concretamente en Italia, *vid.*, QUERZOLA, L., “La mediación civil en Italia”, en *La mediación civil en materia civil en Italia*, en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.) Dykinson, Madrid, 2017, pp. 537-540.

El éxito de la mediación radica, precisamente, en la flexibilidad de las partes para “dibujar” su acuerdo; acuerdo al que, por diversas circunstancias, no han podido llegar por sí solas. De ahí, que el éxito de la mediación dependa de que las partes hayan conseguido restablecer la comunicación una vez analizado el conflicto y aislados otros elementos que pueden incidir en la conducta de las partes de forma negativa<sup>388</sup>.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir el mediador, ha de señalarse que la escasa regulación de la mediación de consumo se extiende también a la regulación de los requisitos exigibles a los órganos encargados de llevarla a cabo y, por ende, a los exigidos a los mediadores<sup>389</sup>. Y ello, a pesar de que la Ley 7/2017 establezca con carácter general un conjunto de requisitos exigibles a las entidades de resolución de conflictos para lograr la acreditación, y a las personas encargadas de intervenir en la resolución del conflicto de consumo.

Dicho esto, hemos de remitirnos a lo señalado en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que regula los requisitos que debe cumplir en España cualquier mediador que actúe en asuntos civiles o mercantiles.

En cuanto a la capacidad que debe reunir, al mediador se le exigirá capacidad de obrar, además de una formación específica. Y es que, la Ley de Mediación indica que:

*«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. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley» (art. 11. LMACM sic).*

Del propio precepto podemos deducir que el mediador habrá de ser una persona física que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Respecto a la formación necesaria para ser mediador, el artículo 11.2 de la Ley de Mediación señala que:

*«El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación*

---

<sup>388</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “La mediación en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 169.

<sup>389</sup> *V. gr.*, el Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio), que define al mediador como la tercera persona imparcial y experta, pero no se establece qué entiende por experta ni los requisitos de independencia e imparcialidad.

*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».*

Formación específica que no parece sea exigible al mediador que desempeña sus funciones en el seno de una Junta Arbitral del Consumo, dada la omisión de tal requisito en el Real Decreto 231/2008, por lo que debemos entender que no es necesario que sean licenciados o graduados en Derecho, como ocurre con el resto de los mediadores. En este sentido, Moreno Cordero señala que: «*parece claro que no solo los licenciados o graduados en Derecho pueden desarrollar la función del mediador en materia de consumo de forma eficaz, sino también los licenciados o graduados en otros ámbitos (economía, trabajo social, psicología, pedagogía...)* con conocimientos en la materia»<sup>390</sup>.

Aunque, otros autores sostienen igual argumento, matizan que también sería deseable que dichos sujetos contaran, al menos, con conocimientos especializados en materia de consumo, dada la amplitud, dificultad y complejidad que entraña la resolución de conflictos en esta materia<sup>391</sup>.

En este aspecto, a nuestro juicio, sería deseable que el mediador estuviera en posesión de un máster o un posgrado, que acreditará conocimientos o competencias propias de un mediador y de la materia del Derecho de consumo.

Formación aquella que habrá de ser continúa, dada la evolución constante del Derecho de consumo, puesto que la normativa europea así lo exige, al señalar que: «*los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continuada de los mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes*» (art. 4.2 DMACM sic).

Por lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil, la Ley de Mediación también hace referencia a la obligación del mediador de suscribir un seguro o garantía equivalente

---

<sup>390</sup> MORENO CORDERO, A., “La directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación en el ámbito de consumo en el ordenamiento español”, *op. cit.*, p. 313.

<sup>391</sup> *Vid.*, MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, CGPJ, 2010, p. 195; BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores*, INC, Madrid, 2005, p. 195.

que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en la resolución de conflictos en los que intervenga (art. 11.3 LMACM).

Seguro este que tampoco es exigido por el Real Decreto 231/2008, para el mediador que realiza sus funciones en el Sistema Arbitral de Consumo. Omisión que no nos parece grave, dado que el Sistema Arbitral de Consumo tiene carácter institucional, al estar gestionado por las Juntas Arbitrales de Consumo. De ello cabe deducir, que la gestión de los árbitros o en su caso mediadores, dará lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración de la que dependa la Junta Arbitral, sin perjuicio del derecho de repercusión que la Administración pueda dirigir frente al árbitro o mediador. Para estos casos, sería deseable que el mediador o árbitro contase con un contrato de seguro que cubra su responsabilidad civil.

Finalmente, cabe plantearse si es necesaria la inscripción de los mediadores en un Registro de Mediadores, sea este nacional o autonómico, dependiente del Ministerio o de la Consejería competente en la materia<sup>392</sup>. Entendemos que sí, a modo de lo previsto en la mayoría de las leyes autonómicas para la mediación desarrollada en el ámbito familiar<sup>393</sup>.

En lo que respecta a los principios a los que está sujeto el mediador de consumo, partiendo del hecho de que el Sistema Arbitral de Consumo hace una analogía entre la mediación y el arbitraje, dado que se considera un trámite previo de aquel, cabe plantearse que los principios y requisitos que se exigen al mediador serán los mismos que los que se exigen a los árbitros. En este sentido, *de lege data*, podemos decir que el mediador de consumo estará sujeto a los principios de independencia, imparcialidad y confidencialidad (*ex art.* 38). Como puede desprenderse de este precepto, la regulación de los principios es cuanto menos parca, por no decir escasa e insuficiente, pues no indica nada de cómo se

---

<sup>392</sup> *Vid.*, FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., “El mediador: cualidades, requisitos y funciones” en *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (González Pillado, coord.), Tecnos, Madrid, 2012, p. 208.

<sup>393</sup> La mayoría de las normas autonómicas que existen ni siquiera regulan los requisitos con carácter general, sino que van referidos a la mediación en asuntos de familia. *Vid.*, la Ley sobre Mediación Familiar de Andalucía [Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE, núm. 80, de 2 de abril de 2009)], que indica que: «*la persona mediadora deberá estar inscrita en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía*» (art. 13.2). De igual modo lo hacen, entre otras autonomías, las leyes de mediación familiar de Madrid y de Asturias. *Vid.*, la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de Madrid (BOE» núm. 153, de 27 de junio de 2007); o, la Ley 3/2007, de 23 de febrero, de Mediación Familiar de Asturias (BOE, núm. 170, de 17 de julio de 2007).



materializan estos principios o cómo se hacen efectivos, o de los requisitos que deben cumplir para estar incluidos en la lista de mediadores. Esta falta de regulación, posiblemente, se deba a lo dicho anteriormente, es decir, a que la regulación de la mediación en materia de consumo es una cuestión que se considera de competencia de las comunidades autónomas, y estas no han regulado nada.

La Ley 7/2017 ha venido a dar luz a esta carencia, toda vez que regula con mayor precisión los requisitos y principios a los que están sometidas las entidades de resolución de conflictos, así como las personas físicas encargadas de su procedimiento, entre ellos los mediadores, sin perjuicio de las peculiaridades que estos puedan presentar<sup>394</sup>.

### **3.5.2. El mediador y las cláusulas abusivas**

Planteado un conflicto en materia de consumo, cabe cuestionarse la labor que puede realizar el mediador ante la existencia de una cláusula abusiva en una de las estipulaciones contractuales del contrato, esto es, aquellas que entienda que no han sido negociadas individualmente y que causa un desequilibrio importante en cuanto a derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor.

A nuestro entender, tanto el juez como el árbitro podrán apreciar de oficio la abusividad de una cláusula inserta en un contrato de consumo y, por analogía de sus funciones, incluso, declararla nula, en el caso del árbitro, con efectos *inter-partes*. Parecido control podrá realizar el mediador, dado que si aprecia su existencia se lo comunicará a las partes del conflicto. Si bien, al no tener *auctoritas* no podrá declararla nula<sup>395</sup>, debiendo acudir al órgano judicial.

### **3.6. La mediación de consumo energética**

Aunque el sector energético es una rama del Derecho de consumo y, por tanto, un ámbito en el que pueden surgir conflictos jurídicos con los consumidores. Lo cierto es

---

<sup>394</sup> Para un mayor abundamiento sobre el estudio de estos principios en la Ley 7/2017, *vid., infra*, el Capítulo primero.

<sup>395</sup> En el mismo sentido, MORENO GARCÍA, L., “Mediación de consumo y cláusulas abusivas” en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.), Dykinson, 2017, p. 437; y DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La mediación de consumo”, *op. cit.*, p. 7.

cierto que, tradicionalmente, no ha sido un sector en el que se haya fomentado o exigido la solución extrajudicial de conflictos, sea a través del Sistema Arbitral de Consumo u otro método de resolución de conflictos.

Tanto es así, que antes de liberalizarse el sector, el Gobierno quiso crear la “Oficina de Defensa del Consumidor Energético”; órgano dependiente de la Comisión Nacional de la Energía al que se le encomiendan las funciones de informar y resolver las controversias que pudieran surgir entre los operadores del sector de la energía y sus clientes, así como de informar al Gobierno sobre las reclamaciones presentadas por los usuarios, proponiendo mejoras en la regulación<sup>396</sup>. La norma calificaba a la intervención de la Oficina en la resolución del conflicto, como un arbitraje voluntario para las partes, que además se pretendía enmarcar en las exigencias de la normativa europea de liberalización del sector energético (Exposición de Motivos, párraf. 6º). Esta norma exige:

- De un lado, la protección de los clientes domésticos, preservando su derecho a la información y articulando procedimientos transparentes, sencillos y poco onerosos para tramitar sus reclamaciones que: *«(...) siempre que sea posible (...), deberán ajustarse a los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo»* (art. 3 y Anexo A de la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio, por la que aprueban normas comunes del mercado interior de la electricidad); y,
- De otro, la designación de autoridades reguladoras, a las que se le encomienda funciones de supervisión y garantía de la competencia del mercado (art. 23 DMIE).

Esta Oficina, sin embargo, no llegó a entrar en funcionamiento, quizás por la suspicacia que generó en las comunidades autónomas, que consideraron que el Gobierno había invadido sus competencias en materia de consumo<sup>397</sup>. Tanto es así, que el Real

---

<sup>396</sup> Arts. 4 y 5 del Real Decreto Ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (BOE, núm. 47, de 24 de febrero de 2009), que fue convalidado por el Congreso de los Diputados por Resolución de 12 de marzo de 2009.

<sup>397</sup> Ello incluso motivó el planteamiento del recurso de inconstitucionalidad núm. 4806/2009, interpuesto por el Gobierno de la Comunidad de Madrid, que fue resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de septiembre de 2014, desestimando parcialmente el recurso por pérdida sobrevenida del objeto, dado que la Ley 7/2009 de convalidación del Real Decreto Ley, no incluyó la creación de la Oficina de Defensa del Consumidor Energético [STC (Pleno), núm. 142/2014, de 11 de septiembre (núm. de recurso: 4806/2009)]. También ha sucedido a la inversa, es decir, normas de rango autonómico que han

Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, que traspone varias directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas<sup>398</sup>, eliminó de la Ley de Hidrocarburos<sup>399</sup> la referencia a la Oficina, pero no suprimió las funciones de la Comisión Nacional de la Energía con relación a los consumidores. Así, el artículo 2 (ap. 32) atribuyó a la Comisión Nacional de la Energía la función de *«informar, atender y tramitar, en coordinación con las Administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y del sector de hidrocarburos y tener a disposición de los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a la vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios»*.

Un año más tarde, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>400</sup> (CNMC) derogó expresamente una parte de la Ley de Hidrocarburos, pero conserva la función indicada, solo que la atribuye al Ministerio de Industria y Turismo en lugar de a la Comisión Nacional de la Energía (*ex DA 8º*). Además, encomendó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizar funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que les correspondan a las comunidades autónomas.

Por su parte, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico<sup>401</sup>, prevé un procedimiento administrativo de resolución de reclamaciones por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Este procedimiento, que es similar al del sector de las telecomunicaciones, se desarrollará de forma potestativa a instancia de los consumidores finales, que sean personas físicas *«para el supuesto de que no se sometan a las entidades de resolución alternativa de litigios en materia de consumo o que estas no resulten competentes para la resolución del litigio»* (art. 43.5).

---

invadido competencias estatales. Buena prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de mayo de 2018, que declara nulos los preceptos del Código de Consumo de Cataluña por introducir preceptos autonómicos de protección de la garantía del suministro eléctrico y de gas contrarios a la normativa básica estatal [STC (Pleno), núm. 55/2018, de 24 de mayo (núm. 3628-2016)].

<sup>398</sup> BOE, núm. 78, de 31 de marzo de 2012.

<sup>399</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (BOE, núm. 241, de 08 de octubre de 1998).

<sup>400</sup> BOE, núm. 134, de 05 de junio de 2013.

<sup>401</sup> BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

Además de que esta misma Ley obliga a las empresas comercializadoras de energía eléctrica a ofrecer a sus consumidores la posibilidad de solucionar sus conflictos a través de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, a través de las entidades acreditadas (art. 46)<sup>402</sup>.

El procedimiento, que salvo error nuestro aún no ha sido regulado por el Ministro de Industria y Energía, deberá ser transparente, sencillo y gratuito. Además, los sujetos productores o distribuidores del sector eléctrico estarán obligados a someterse al mismo, así como, a cumplir la resolución que le ponga fin. En tanto se dicta esta orden ministerial, hemos de entender que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá de resolver los conflictos suscitados con los consumidores.

Otra institución que tiene competencia para resolver los conflictos en materia de consumo eléctrico es la “Oficina de Cambio de Suministrador”, que se encarga de la supervisión de los cambios de suministrador o comercializador de energía eléctrica o de gas<sup>403</sup>.

Finalmente, la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo eléctrico se ha potenciado en los últimos tiempos, como una herramienta eficaz en la lucha contra la pobreza energética. Pobreza esta, que es un problema cada vez mayor en nuestra sociedad, y que la crisis sanitaria provocada por el Covid-19 ha intensificado. De ahí, que los poderes públicos se hayan visto en la necesidad de regular un régimen homogéneo que asegure un tratamiento común a los supuestos del impago del suministro eléctrico y de gas por esta pobreza.

Para proteger a los consumidores vulnerables, asegurándoles el suministro de electricidad y gas, el Real Decreto Ley 15/2018, de medidas urgentes para la transición

---

<sup>402</sup> Esta obligación se señala en el apartado 1, letra n) del precepto, al disponer que las entidades comercializadoras deberán: “*Informar a sus clientes sobre sus derechos respecto de las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio. A estos efectos las empresas comercializadoras deberán ofrecer a sus consumidores, la posibilidad de solucionar sus conflictos a través de una entidad de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que cumpla los requisitos establecidos por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 y en las disposiciones nacionales de transposición. Dichas entidades habrán de ser acreditadas como tales por la autoridad competente*”.

<sup>403</sup> Creada por el Real Decreto Ley 1011/2009, de 19 de junio (BOE, núm. 149, de 20 de junio de 2009).

energética y la protección de los consumidores<sup>404</sup> encomienda al Gobierno la aprobación de una Estrategia Nacional contra la pobreza energética, concediéndose un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley.

En efecto, el Gobierno debía aprobar la Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética, que deberá partir de un diagnóstico de la situación de la pobreza energética, realizando un análisis de la eficiencia y eficacia de los instrumentos vigentes y determinando los ejes de actuación para su consecución, incluyendo, la reforma, en su caso, de dichos mecanismos (art. 1.2 MUTEPC)<sup>405</sup>.

En cumplimiento de este mandato, se consolida el Plan de Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética (2019-2024) para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los ciudadanos a la energía<sup>406</sup>. *Grosso modo*, la Estrategia Nacional gira en torno a 4 ejes principales:

- En primer lugar, se recoge un diagnóstico de la situación, haciendo referencia a la primera definición oficial que engloba el concepto de pobreza energética; al tiempo que establece unos objetivos para reducir entre el 25 y el 50% la pobreza energética en 2025;
- En segundo lugar, se establecen 4 indicadores de la situación de pobreza energética, cuyos datos serán actualizados anualmente<sup>407</sup>;
- En tercer lugar, se señalan 4 ejes de actuación con 19 acciones concretas. Entre ellas destacan la creación de un bono social energético, que es de carácter universal y de concesión automática para todos los consumidores; y,

---

<sup>404</sup> (BOE, núm. 242, de 6 de octubre de 2018).

<sup>405</sup> El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, ya señaló la necesidad de regular las bases del sector eléctrico, pronunciándose al respecto en los siguientes términos: «(...) *la ordenación del suministro de electricidad y de gas, los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes, entre los que se encuentran la obligación de las empresas comercializadoras de suministrar la electricidad y el gas, el derecho a exigir el pago del suministro y a adoptar medidas respecto a los consumidores que estén en situación de impago*», pues todo ello “*incide directamente en la configuración del contenido del régimen jurídico de uno de los sujetos que intervienen en el sector eléctrico y de gas, al afectar directamente a sus obligaciones y derechos, y también conciernen a la garantía del suministro al tener como finalidad introducir una causa de suspensión de la interrupción del mismo en caso de impago (...)*» [STC (Pleno), núm. 62/2016, de 17 de marzo (núm. de recurso: 5831/2014)].

<sup>406</sup> Puede consultarse el Plan de Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética en: [https://www.miteco.gob.es/es/prensa/190405ndpcominestrategiacontralapobrezaenergetica\\_tcm30496259.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/prensa/190405ndpcominestrategiacontralapobrezaenergetica_tcm30496259.pdf) (consulta: 24 de diciembre de 2021).

<sup>407</sup> Según el indicador empleado, las estadísticas muestran que, entre 3,5 y 8 millones de personas, se encuentran en España en situación de pobreza energética.

- Por último, se prohíbe el corte eléctrico en situaciones climatológicas extremas, y se amplía en 4 meses el periodo previo a que la empresa corte el servicio por impago, recibiendo en este tramo un suministro mínimo vital.

Respecto al primer aspecto, ha de señalarse que la Estrategia define el concepto de pobreza energética como *«la situación en la que se encuentra un hogar en el que no pueden ser satisfechas las necesidades básicas de suministros de energía como consecuencia de un nivel de ingresos insuficiente y que, en su caso, puede verse agravada por disponer de una vivienda ineficiente en energía»*.

Para realizar un seguimiento adecuado del tipo de pobreza energética se señalan los 4 indicadores oficiales del Observatorio Europeo; (i) Gasto desproporcionado (2M); (ii) Pobreza energética escondida (HEP); (iii) Incapacidad para mantener la vivienda a una temperatura adecuada; y, (iv) retraso en el pago de las facturas<sup>408</sup>.

En cuanto a las restricciones al corte de suministro eléctrico, la Estrategia prohíbe cortar el suministro en situaciones climatológicas, como puede ser una ola de frío de o calor. Y, esta medida, se suma a las ya existentes, entre ellas destacan: la prohibición del corte del suministro a los consumidores en riesgo de exclusión social y el reconocimiento para aquellos de los beneficios del bono social, teniendo derecho a ambas prestaciones, los hogares en los que en la unidad familiar haya un menor de 16 años, o una persona con discapacidad igual o superior al 33% o con un grado de dependencia de II o III.

Por otra parte, se establece una última medida, que viene referida a reforzar la protección de los consumidores vulnerables y la concienciación social. Medida, que consiste en la elaboración de un protocolo para detectar situaciones de vulnerabilidad, al tiempo que se homogeneizará la gestión de la información sobre prestaciones públicas, incorporando esta información a la tarjeta social universal, gestionada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

---

<sup>408</sup> Los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística mostraron datos escalofriantes en España en 2017: 8,1 millones de españoles presentan un gasto desproporcionado en relación con sus ingresos; 5,1 millones de personas sufren pobreza energética escondida; 3,7 millones de personas pasan el invierno a temperaturas inadecuadas; y, 3,5 millones de personas han de afrontar retrasos en el pago de sus facturas.

De entre las medidas de concienciación social, se señala la creación de un espacio web que funcione como punto de información sobre hábitos de consumo, ahorro energético y mejora de la eficiencia, estableciendo un canal de comunicación con los consumidores y colectivos interesados.

Lo cierto es que, tras la crisis sanitaria por el Covid-19, se intensifica más, si cabe, la necesidad de crear mecanismos extrajudiciales a través de los cuales los consumidores incluidos dentro del concepto de pobreza energética puedan llegar a acuerdos para evitar el corte del suministro energético, del mismo modo, que tales mecanismos se han desarrollado en otros ámbitos, como en materia hipotecaria.

De hecho, la Estrategia prevé la reforma de los mecanismos existentes en esta materia para luchar contra la pobreza energética, si no se mostraran eficientes para la consecución de los objetivos propuestos en la Estrategia. Aunque, si bien es cierto, que no desarrolla nada tales procedimientos extrajudiciales. A falta de una regulación expresa, podría tenerse en cuenta que la actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, entre otras funciones, lleve a cabo funciones de mediación, a las que, en principio, podrían acudir los consumidores vulnerables, para llegar a acuerdos con las compañías eléctricas.

O, más que recurrir a la mediación o al arbitraje previsto de la Comisión, sería deseable una futura orden ministerial que estableciera un procedimiento similar al de la negociación asistida, a modo de lo que se ha llevado a cabo para evitar el lanzamiento de la vivienda habitual para deudores hipotecarios que, cumpliendo unos requisitos económicos y personales, se encuentren en riesgo de perder la vivienda habitual.

## **4. LA CONCILIACIÓN**

### **4.1. Evolución**

La conciliación, al igual que otros métodos alternativos de resolución de conflictos ha existido desde la antigüedad; no en vano, en la antigua sociedad ateniense, las *Thesmotetas* o *Tesmotetes* realizaban una labor disuasoria respecto de las intenciones

litigiosas, buscando avenir a las partes del posible proceso para que transaran el conflicto o, cuanto menos, se comprometieran a acudir a árbitros.

Incluso, en la antigua China, la conciliación era el principal recurso para resolver desacuerdos. Tanto es así que, según el conflicto, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo la coacción.

Con la aparición de la Edad Moderna, los Estados fueron asumiendo el papel de conciliadores formales. Y ello es así, dado que las leyes reguladoras del proceso civil asumieron la regulación de esta institución, así lo hizo nuestra ya derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que regulaba la conciliación en sus artículos 460 y siguientes, permaneciendo en vigor hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Momento este en el cual se reconoce la autonomía conceptual de la Jurisdicción voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídico-públicas legalmente atribuidos a los tribunales de justicia.

Durante décadas, la doctrina procesalista española no ha dudado en calificar a la Jurisdicción voluntaria, como una de las instituciones más complejas del Derecho procesal, complejidad que se agudizaba debido a una normativa dispersa y caótica, por no decir que la normativa había quedado obsoleta con el paso del tiempo<sup>409</sup>.

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 supuso un gran avance en la regulación del sistema procesal español, pero tales avances no alcanzaron a la Jurisdicción Voluntaria, ya que a la fecha de entrada en vigor de aquella permanecieron vigentes los artículos de su predecesora, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, concretamente en lo relativo a la Jurisdicción voluntaria y a la conciliación, incumpléndose con ello el mandato de nuestro legislador contemplado en la Disposición final decimoctava de nuestra norma procesal civil, que encomendaba al Gobierno la

---

<sup>409</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la Jurisdicción voluntaria (I)*, Iustel, Madrid, 2007, p. 20; En el mismo sentido se ha mostrado Ramos Méndez, que puso de manifiesto la existencia de preceptos muertos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que eran suplidos por otros procedimientos extrajudiciales dotados de mayor eficacia. *Vid.*, RAMOS MÉNDEZ, *Jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 16-32.



elaboración de un proyecto de Ley sobre la Jurisdicción Voluntaria en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>410</sup>.

El 20 de octubre de 2006, seis años después de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se presentó un Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, con la finalidad de sustituir la antigua regulación de esta institución, pero el Anteproyecto fue retirado un año después por el Gobierno debido a la oposición de los grupos políticos en el Senado<sup>411</sup>.

Tuvimos que esperar quince años desde la aprobación de nuestra ley procesal, tras el arduo trabajo desarrollado por la Sección Especial en el seno de la Comisión General de Codificación, para ver una modernización en esta materia, cuya regulación vino a plasmarse finalmente en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Esta ley, partiendo del fallido intento de la de 2006, introdujo importantes modificaciones y garantías para tutelar los intereses legítimos de las personas en materia civil y mercantil; al tiempo que introduce importantes reformas relativas a la conciliación, a la asistencia letrada, a las vías de recursos, así como a los efectos derivados de la oposición del interesado en los expedientes de Jurisdicción voluntaria<sup>412</sup>.

Estructuralmente, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria puede dividirse en 4 grandes bloques netamente diferenciados:

---

<sup>410</sup> La Jurisdicción voluntaria seguía estando en vigor por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía lo siguiente: «(...) la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido derogada por el número 1 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E» 8 enero), con las excepciones siguientes: Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente (...)» [DDU 1<sup>a</sup>].

<sup>411</sup> Fueron varios los anteproyectos y proyectos de ley que se presentaron sobre una norma aparentemente técnica que no habría de haber suscitado problemas para su aprobación, pero que, no obstante, encontró una gran oposición, sobre todo por parte de los colegios profesionales. Los motivos a tal oposición se centraron en: la naturaleza de la Jurisdicción voluntaria; la ampliación de las funciones de los notarios y los registradores, esto es, la desjudicialización de varios expedientes; y, la desaparición de la intervención preceptiva de los abogados en determinados expedientes de jurisdicción voluntaria.

<sup>412</sup> Para un mayor abundamiento sobre los antecedentes de la Ley de la Jurisdicción voluntaria, *vid.*, LIÉBANA ORTIZ, J. y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 43-45.

- Un primer bloque, relativo a la parte general, que abarca los artículos comprendidos en el Título preliminar de la ley, denominado «*Disposiciones Generales*». En él se regula el ámbito de aplicación, la competencia, la legitimación, la postulación y la intervención del Ministerio Fiscal en todo tipo de expediente de Jurisdicción voluntaria;
- Un segundo bloque, que abarca el título primero de la ley, y que lleva por rúbrica «*De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de Jurisdicción voluntaria*», dedicadas a todas aquellas normas de derecho internacional como son la competencia internacional de los expedientes y la norma aplicable a los casos internacionales; al tiempo que dedica algunos preceptos a la regulación de todos los expedientes de Jurisdicción voluntaria que serán de aplicación supletoria para todos los expedientes que no tengan establecida una la norma específica;
- Un tercer bloque o parte especial, en el que se regulan las particularidades que les son propias a cada expediente de Jurisdicción Voluntaria. Esta parte aglutina los expedientes en materia de personas, de familia, de sucesiones, las subastas voluntarias y los expedientes en materia mercantil.
- Y, finalmente, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria dedica su Título IX a la regulación de la conciliación, diferenciándola así de alguna manera de los expedientes de Jurisdicción voluntaria.

*Grosso modo*, de los expedientes de Jurisdicción voluntaria podemos decir que la Ley 15/2015 ha introducido grandes novedades tales como: el transvase de la competencia de determinados expedientes de los jueces a los letrados de la Administración de Justicia; y, la atribución de algunos expedientes a algunos profesionales jurídicos que tienen la condición de autoridad (notarios y registradores), sustrayéndolos del conocimiento de los órganos judiciales. Sin embargo, la norma excluye de su articulado la pormenorización de la tramitación de estos últimos expedientes, remitiéndolos a la legislación notarial e hipotecaria, limitándose a regular los expedientes que se desarrollan en el seno de la Administración de Justicia, cuya competencia queda atribuida *ex lege* al juez o al letrado de la Administración de Justicia<sup>413</sup>.

---

<sup>413</sup> No obstante, el articulado de la Ley del Notariado [Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (BOE, núm. 149, de 25 de mayo de 1862)]; la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946), así como la Ley de Sociedades de Capital [Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto

## 4.2. Delimitación conceptual

De todos es sabido, que la conciliación es un método extrajudicial de resolución de conflictos, en el que las partes van a dar una solución a su desavenencia con la intervención de un tercero<sup>414</sup>. Se trata precisamente de un método autocompositivo de resolución de conflictos<sup>415</sup>, caracterizado por ser las propias partes las que van a decidir cómo poner fin al conflicto mediante un acuerdo, aconsejados por un tercero, evitando con ello un proceso o poniendo fin al que ya se hubiese iniciado.

Lo que diferencia la conciliación de otros métodos de resolución de conflictos es que son las propias partes las que voluntariamente van a dar una solución a su conflicto<sup>416</sup>, solicitando la intervención del conciliador, que se limita a homologar o, en su caso, a dar fe, al eventual acuerdo al que hayan llegado las partes.

Ello lo diferencia de la labor desarrollada por el mediador, pues mientras el conciliador se limita exclusivamente a avenir a las partes, procurando un acercamiento que facilite la

---

refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE, núm. 161, de 03 de julio de 2010)], fueron modificados por las Disposiciones finales undécima y duodécima de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, con la finalidad de incorporar la tramitación procedimental de los respectivos expedientes de Jurisdicción voluntaria que se les atribuyen.

<sup>414</sup> CUCARELLA GALIANA, L.A. y BELLINDO PENADÉS, R., “La solución no jurisdiccional de los litigios de derecho privado” en *Derecho Procesal Civil*, (Ortells Ramos, dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 65.

<sup>415</sup> A favor de la inclusión de la conciliación como un método autocompositivo, *vid.*, BANACLOCHE PALAO, J., “Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria: análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio”, La Ley, Madrid, 2015, p. 336; y, DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La conciliación tras la anhelada Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2021, pp. 1-32.

Pérez Daudí, en cambio, ha considerado que la conciliación es un método de “heterotutela” (PÉREZ DAUDÍ, V., “La mediación de consumo y el proceso” en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, p. 18). Y tiene sentido, si entendemos que las partes se comprometen en el acto de conciliación a cumplir un acuerdo que deberá ser homologado por el juez en la conciliación judicial. Si bien, entendemos que es más correcto clasificar este método en el concepto de “autotutela”, pues son las partes las que crean *a priori* el acuerdo al que voluntariamente se van a someter a cumplir. La heterotutela engloba, a nuestro juicio, a los procedimientos cuya solución es adoptada o impuesta por el tercero, como es el caso del arbitraje.

<sup>416</sup> El legislador ha optado por regular la conciliación, como un método extrajudicial de participación voluntaria para las partes, a diferencia de lo que sucedía con el modelo establecido por Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la que el acto de conciliación era obligatorio con carácter previo a la presentación de la demanda. El carácter preceptivo de la conciliación estuvo vigente en nuestro ordenamiento hasta la aprobación de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC de 1881, que eliminó este requisito procesal. En este sentido, Díez-Picazo indica que este cambio se debió a que el acto de conciliación resultaba inútil en la mayoría de los casos, porque si las partes estaban dispuestas a llegar a un acuerdo lo alcanzaban privativamente y, en caso contrario, el litigio era inevitable [cfr., DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), J., *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*, Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 164-163.

consecución de un acuerdo entre ellas, el mediador propone activamente soluciones, variando su grado de intervención, según el tipo de mediación al que se sometan las partes. Por ejemplo, en la mediación de consumo, el mediador asume una participación más activa que en otras mediaciones (*v. gr.*, la familiar); aunque, salvaguardando los principios de independencia e imparcialidad a los que está sometido, su grado de intervención es más intenso, con la finalidad de equipar la disparidad que se produce entre el empresario y el consumidor, parte débil de la relación jurídica de consumo<sup>417</sup>.

Este rasgo de la conciliación también lo aleja del arbitraje, dado que el árbitro sí impone la solución del conflicto a las partes. No en vano, el arbitraje es un equivalente jurisdiccional y una alternativa a la Jurisdicción. O, dicho de otro modo, la existencia de un convenio arbitral excluiría la resolución del conflicto en sede judicial; al tiempo que el laudo arbitral, al igual que la sentencia, tiene eficacia de cosa juzgada; caracteres estos, que no se predicán del eventual acuerdo al que puedan llegar las partes en la conciliación.

Pero lo verdaderamente significativo de la conciliación es precisamente los sujetos llamados a intervenir, que podrán ser el Juez de Paz o el letrado de la Administración de Justicia, pero también el notario o registrador. Y es la atribución de competencias a estas autoridades, otra de las grandes novedades que introduce la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que modificó la Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria, para regular el procedimiento de conciliación ante los notarios y los registradores. Todos estos sujetos actúan en el procedimiento de conciliación con las notas de independencia e imparcialidad, que se predica de cualquier conciliador, intermediador, mediador o árbitro, pero debido a su consideración de autoridad pueden ofrecer a las partes una mayor

---

<sup>417</sup> *Vid.*, DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La mediación de consumo”, *op. cit.*, p. 4. En el mismo sentido, Barona Vilar señala que la función del mediador es acercar a las partes, incluso realizando propuestas, mientras que en la conciliación no hace ningún tipo de propuestas entre las mismas [BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 188]. Por su parte, Sánchez Hernández y Jordá García señalan que el tercero que lleva a cabo la conciliación tiene asignadas más facultades que las otorgadas al mediador, pues el conciliador favorece el adecuado diálogo entre las partes y además puede proponer, que no imponer, posibles soluciones al conflicto [SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. y JORDÁ GARCÍA, R., “La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales”, en *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, p. 29].

En contra de esta posición, *vid.*, CUCARELLA GALIANA, L.A. y BELLINDO PENADÉS, R., “La solución no jurisdiccional de los litigios de derecho privado”, *op. cit.*, p.65; y, MORENO GARCÍA, L., “Mediación de consumo y cláusulas abusivas”, *op. cit.*, p. 436; GÓNZALEZ PILLADO, E., “La mediación en materia de consumo”, *op. cit.*, pp. 169-172; y, FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., “El mediador: cualidades, requisitos y funciones”, en *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, *op. cit.*, p. 191.

sensación de seguridad que el resto de los métodos alternativos a la Jurisdicción antes citados, incluida la propia conciliación privada, que puede llevarse a cabo por cualquier otro tercero.

Nuestro ordenamiento jurídico viene regulando distintos tipos de conciliaciones: la conciliación preprocesal o extrajudicial y la conciliación judicial, desarrollada en el seno de la Administración de Justicia. Es precisamente esta última la que encuentra su regulación en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, sin perjuicio de que también hace referencia a las conciliaciones llevadas a cabo ante notarios y registradores, remitiendo a otras normas para regular estas dos últimas conciliaciones. Dicho de otra manera, debemos acudir a la Ley del Notariado y a la Ley Hipotecaria, respectivamente, para conocer la regulación de la conciliación llevada a cabo por los notarios o los registradores<sup>418</sup>.

La conciliación en el seno de la Administración de Justicia se diferencia de la conciliación ante el notario o registrador, por la autoridad ante la que se realiza, esto es, el Juez de Paz o el letrado de la Administración de Justicia, pero también se puede diferenciar en función del momento en el que se realiza, es decir, si se realiza antes de iniciarse el proceso o en el seno de un proceso ya iniciado, con la finalidad de ponerle fin. Y ello, aunque la norma no diferencie en el supuesto de la conciliación judicial, si esta le corresponde al juez o al letrado de la Administración de Justicia.

Lógicamente, por aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si las partes han sido citadas a juicio, y justo antes de su celebración manifiestan su intención de llegar a un acuerdo, evitando el proceso, ha de entenderse que la conciliación será llevada a cabo

---

<sup>418</sup> Con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la existencia de actos de Jurisdicción voluntaria ante órganos distintos a los jueces y tribunales fue tema muy controvertido. Tanto es así, que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 22 de mayo de 2000, puso en tutela de juicio, que el término de Jurisdicción voluntaria englobara actos llevados a cabo por órganos distintos a los dotados de potestad jurisdiccional, esto es, los a los jueces y tribunales [FJ 7º de la STS (Sala 3ª), núm. 571/2000, de 22 de mayo (núm. de recurso: 518/1998)].

Lógicamente, esta atribución de competencias ha dejado de ser un tema controvertido, dado que los jueces no ejercen la potestad jurisdiccional cuando homologan un acuerdo adoptado por las partes y entendemos, que la atribución de la función conciliadora a los notarios y registradores no implica un traspaso de competencia de la potestad jurisdiccional. De hecho, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria tenía la intención de asignar cada expediente de Jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, compartiendo la competencia para su conocimiento entre los letrados de la Administración de Justicia, los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles.

ante el letrado de la Administración de Justicia; en tanto que, si las partes del proceso manifiestan su intención de llegar a un acuerdo, bien en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal, o bien a lo largo del proceso, la conciliación se llevará a cabo ante el juez competente. A este tipo de conciliación se la denomina conciliación judicial, conciliación en el seno de la Administración de Justicia o conciliación intrajudicial o procesal, dado que se realiza en el seno de un proceso que aún no se ha iniciado o durante la tramitación del mismo, pero ambas en las dependencias judiciales.

Podría decirse que son conciliaciones extrajudiciales las que se lleven a cabo ante el notario o el registrador, o ante un conciliador privado, siendo la conciliación judicial la que se lleva a cabo en el seno de la Administración de Justicia ante el letrado de la Administración de Justicia<sup>419</sup> o, en su caso, ante el juez competente<sup>420</sup>.

Se trate de la conciliación desarrollada en el seno de la Administración de Justicia o ante un fedatario público o ante un sujeto privado, todas las conciliaciones se caracterizan fundamentalmente, porque se llevan a cabo conforme al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Principio este, que las habilita para disponer del objeto proceso, evitando que se inicie o poniendo fin al ya iniciado.

Si la conciliación intrajudicial o intraprocesal termina con acuerdo de las partes, esta avenencia se plasmará en un auto del órgano judicial que surtirá los mismos efectos que

---

<sup>419</sup> No obstante, la Ley del Notariado hace referencia a la posibilidad de llevar a cabo las conciliaciones extrajudiciales a las que se refiere la mencionada ley, bien ante el notario, bien ante el letrado de la Administración de Justicia, pero no se hace referencia al juez (cfr. art. 103 *bis*).

<sup>420</sup> Respecto a las conciliaciones llevadas a cabo ante el juez o el letrado de la Administración de Justicia sucede del mismo modo en el orden social, pero con la diferencia de que en ámbito laboral la conciliación se configura como un presupuesto de admisión a trámite de la demanda.

Asimismo, hemos de diferenciar la conciliación preprocesal e intrajudicial llevada a cabo en el ámbito del Derecho civil y mercantil de la conciliación previa del orden social, pues su régimen jurídico también es distinto, dado que esta última se regula en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social [arts. 63 a 68 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE, núm. 245, de 11 de octubre de 2011)]. Y. no solo se diferencian porque se regulan en cuerpos normativos distintos, sino porque también son distintas las autoridades llamadas a realizar las funciones de conciliación, pues estas últimas se realizarán ante el servicio administrativo correspondiente (Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación) o, ante el órgano administrativo que asuma estas funciones y que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales. Y todo ello, sin perjuicio de que en este ámbito también puede darse la conciliación ante el letrado de la Administración de justicia o ante el juez.

la resolución que plasma la transacción judicial (*ex art. 415 LEC*)<sup>421</sup>, siendo ambas instituciones, conciliación y transacción, manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, a la que el legislador ha querido dar relevancia. La proyección de este principio es de tal intensidad, que el citado precepto permite también a las partes pedir la suspensión del proceso para someter el conflicto a mediación. Suspensión que será acordada por el letrado de la Administración de Justicia mediante un decreto si se dan los siguientes requisitos: de un lado, que no se menoscabe el interés general o vaya en perjuicio de un tercero; y, de otro, que el plazo de suspensión para el intento de mediación no supere los 60 días (*ex art. 19.4 LEC*).

Como ya hemos dicho en líneas precedentes, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria regula la conciliación judicial en sus artículos 139 a 148, poniendo el acento en el carácter preprocesal de la institución, y es por ello por lo que se saca de la regulación del proceso civil y, con ello, de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>422</sup>.

Aunque ha de precisarse, que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no agota la regulación en materia de conciliación, dado que la legislación notarial e hipotecaria han dedicado sendos capítulos a esta cuestión para permitir que notarios y registradores realicen funciones de conciliador, sin hacer referencia a la posibilidad de que las partes puedan someter a un tercero distinto la resolución de su conflicto; supuesto este, que no quedará regido por las reglas procedimentales que aquellas normas establezcan, sino por lo que las propias parten acuerden.

Dejando al margen las conciliaciones llevadas a cabo ante otros sujetos distintos de los notarios y registradores, y teniendo en cuenta que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no agota la regulación de la conciliación notarial y registral, ha de señalarse que la norma introduce sendas modificaciones dedicadas a la conciliación en la Ley del Notariado y en la Ley Hipotecaria:

---

<sup>421</sup> Redactado por el apartado 47 del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 239, de 6 de octubre de 2015). Vigente desde el 7 octubre 2015.

<sup>422</sup> Hemos de señalar que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha reducido el ámbito de aplicación a la conciliación en materia civil y mercantil, al impedir su aplicación supletoria a la conciliación laboral o a la conciliación penal en los procesos por injuria y calumnia contra particulares. De esta forma, el legislador ha desechado la posibilidad de introducir una Jurisdicción voluntaria en materia penal. En este sentido, LIÉBANA ORTIZ, J.R. y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, *op. cit.*, p. 43-45.

- En lo que respecta a la conciliación notarial se introduce, a través del apartado uno de la Disposición final undécima de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, un nuevo Título VII en la Ley del Notariado, que lleva por rúbrica la «*Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales*». En él se regulan numerosos expedientes de Jurisdicción Voluntaria, pero es el Capítulo IV el que recoge los expedientes en materia de obligaciones: la Sección 1.<sup>a</sup> recoge el ofrecimiento de pago y la consignación (art. 69); y, la Sección 2.<sup>a</sup>, las reclamaciones de deudas no dinerarias (arts. 70 y 71). Al tiempo que se introduce el Capítulo VII, relativo a los expedientes de conciliación (arts. 81 a 83); y,
- En lo que respecta a la conciliación registral se introduce, a través del apartado dos de la Disposición final duodécima la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, un nuevo Título IV *BIS* en la Ley Hipotecaria, relativo a la conciliación registral (art. 103 *bis*).

Aclaradas las diferencias entre la conciliación judicial y extrajudicial, así como el régimen jurídico de ellas, y todo lo visto hasta ahora, estamos en predisposición para concluir:

- Primero, que la conciliación judicial se regula en cierta manera como un expediente de Jurisdicción voluntaria *sui generis*, alejado de la conceptualización tradicional, de la que se ha denominado Jurisdicción voluntaria en sentido estricto. En este sentido, entendemos que el legislador ha desaprovechado la oportunidad de regular separadamente los expedientes de Jurisdicción voluntaria de la conciliación en sus distintas modalidades, regulación separada que hubiera sido conveniente, dado que la conciliación no es un expediente de Jurisdicción voluntaria<sup>423</sup>; y,
- Segundo, que de todos los tipos de conciliaciones, quedan excluidas del ámbito material de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, excluye, *ex lege*, los actos de conciliación judicial<sup>424</sup>. Y ello, es así, porque el artículo 3.2, letra *a*) excluye

---

<sup>423</sup> En este sentido, Banacloche Palao ha considerado que los actos de conciliación llevados a cabo por otros profesionales jurídicos no son propiamente actos de Jurisdicción voluntaria BANACLOCHE PALAO, J., “*Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria: análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*”, *op. cit.*, p. 325]. A favor, Pérez Daudí, que también considera que la conciliación no es un expediente de Jurisdicción voluntaria [Vid., PÉREZ DAUDÍ, V., “La mediación de consumo y el proceso”, *op. cit.*, p. 18].

<sup>424</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “La resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 61; y, DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La conciliación tras la anhelada Ley de la Jurisdicción voluntaria” *op. cit.*, p. 29.



expresamente «*los intentos o actuaciones realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto del mismo*». Entendemos que esta exclusión abarca desde el momento en el que se presenta la demanda, hasta que finaliza el proceso, por lo que, en principio queda excluida tanto la conciliación llevada a cabo ante el letrado de la Administración de Justicia, como la conciliación ante el Juez de Paz. La primera, en principio, porque ya se ha presentado la demanda, y acto seguido, si las partes no llegan a un acuerdo ante el letrado de la Administración de Justicia, se celebra el juicio, sin perjuicio de que como el juicio no se ha iniciado, cabría la posibilidad de considerarla incluida en la Ley 7/2017. Lógicamente, la segunda no plantea dudas, dado que el juicio ya se ha iniciado.

#### **4.3. La protección del consumidor en los expedientes de jurisdicción voluntaria y en los actos de conciliación notarial y registral**

En este apartado, vamos a analizar los actos de conciliación notarial y registral, al tiempo que nos pronunciamos sobre los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de consumo, llevados a cabo ante los notarios y los registradores, planteándonos la posibilidad de que aquellos queden amparados bajo el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017.

La conciliación ante estas autoridades puede definirse como un método extrajudicial de resolución de conflictos iniciado por la simple voluntad de las partes, que permiten la intervención de un sujeto revestido de autoridad, que no actúa en el ejercicio que habitualmente ejerce, asumiendo una única función especial que consiste en acercar las posiciones de las partes, actuando como fedatarios públicos del eventual acuerdo al que aquellas puedan llegar<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup> En este aspecto, es meridianamente claro el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al señalar que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad las personas pueden obtener acuerdos en aquellos asuntos de naturaleza disponible a través de los cauces de la conciliación preprocesal, por su sola actuación, o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores, como los notarios o registradores.

### **4.3.1. Las conciliaciones extrajudiciales**

Una de las novedades más significativas que introdujo la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha sido la atribución de competencias de los actos de conciliación a los notarios y registradores. A continuación, analizamos la posibilidad de someter a las conciliaciones de estas autoridades, los conflictos surgidos entre los consumidores y los empresarios.

#### **A) La conciliación notarial**

La conciliación ante notario se regula en los artículos 81 y siguientes de la Ley del Notariado, que permite la realización de la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes, con el objetivo de alcanzar un acuerdo extrajudicial (art. 81.1 LN).

Conciliación que podrá versar sobre cualquier controversia contractual, mercantil o sucesoria, salvo que recaiga sobre materias que son indisponibles para las partes (*ex art. 81.2 LN*), excluyéndose también estas materias en el supuesto de concurso de acreedores.

A renglón seguido, se ofrece una interpretación auténtica de las materias indisponibles, excluyéndose expresamente de la conciliación notarial:

- Las cuestiones en las que intervengan como interesados los menores;
- Las cuestiones en las que estén interesados el Estado, las comunidades autónomas, así como las demás Administraciones públicas, corporaciones o instituciones que tengan la misma naturaleza;
- Los juicios sobre responsabilidad civil contra jueces y magistrados; y,
- Como cláusula de cierre, los acuerdos que se pretendan adoptar sobre materias que no sean susceptibles de transacción ni compromiso.

En principio, tal y como está regulado el “expediente” de conciliación, entendemos que no hay problema para que un consumidor y un empresario lleven a cabo una conciliación ante notario cuando surja una controversia en materia de consumo, sin perjuicio de que posteriormente analizaremos la exclusión expresa de las deudas que se

funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario [ex art. 70.1, letra a) LN].

La escritura pública que formalice la avenencia entre los interesados tendrá la eficacia de un instrumento público, en especial, estará dotado de eficacia ejecutiva en virtud del ordinal 9º del artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 83 de la Ley del Notariado, constituyendo a todos los efectos un título ejecutivo extrajudicial.

## **B) La conciliación registral**

Como hemos venido señalando, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha asignado la competencia para conocer de los actos de conciliación a los registradores; estableciendo su marco jurídico al introducir un nuevo Título IV *BIS* en la Ley Hipotecaria, que dedica un solo precepto a su regulación, el artículo 103 *bis*.

Este precepto, al contrario de la normativa que atribuye competencia a los letrados de la Administración de Justicia y a los notarios que atribuyen la competencia para conciliar en cualquier objeto procesal susceptible de conciliación, acota las materias sobre las cuales podrá conocer el registrador. Así en principio, el registrador podrá conocer de las conciliaciones que se promuevan sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística o mercantil; dados los términos tan parcos con los que está redactado el artículo 103 *bis*, podría interpretarse que el registrador puede conocer de todas las controversias que surjan sobre bienes inmuebles, tales como las cargas, gravámenes u arrendamientos, aunque es difícil la conciliación en términos urbanísticos, dado que en ellos intervienen las Administraciones públicas actuando con potestad *iure imperii*, por tanto, en materias no disponibles.

Por lo que se refiere a la materia mercantil, podrá recaer sobre cualquier hecho o acto susceptible de ser inscripción en el Registro Mercantil u otro Registro Público.

En este contexto, se nos plantea la duda de si son conciliables las controversias en materia de consumo que pudiera tener el consumidor con el empresario.

A nuestro juicio, van a ser conciliables, los actos que sean susceptibles de ser inscritos. Y serán conciliables ante el registrador, al menos, los actos susceptibles de inscripción que se regulan en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, cuando una de las partes esté representada por uno o varios sujetos que tengan la condición de consumidor y la otra, por uno o varios sujetos que tengan la condición de empresario. Y esta situación puede darse en los siguientes actos susceptibles de inscripción:

- *«Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos;*
- *Los títulos en los que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales;*
- *Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.*
- *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos;*
- *Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos».*

En efecto, a tenor del precepto, parece que algunos conflictos que puedan surgir en materia de consumo, sí van a poder resolverse a través de la conciliación notarial, por ejemplo, cuando se pretendan resolver conflictos en materia inmobiliaria, entre las que caben incluir las controversias en materia de arrendamiento inmobiliario, es decir, cuando un consumidor deja de pagar la cuota de arrendamiento a un arrendador, en los supuestos en que el mismo tenga la condición de empresario o profesional.

Asimismo, pueden llevarse a cabo a través de esta conciliación, los conflictos de los deudores hipotecarios con las entidades financieras o acreedores, siempre que estos tengan la condición de empresarios o profesionales; y ello, porque el precepto señala que se pueden someter a conciliación los hechos que sean inscribibles en el Registro de la Propiedad, como son, la adquisición de un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda.

Para que estos títulos sean inscribibles, la norma indica el modo en que deberán acreditarse documentalmente para su inscripción, siendo esta la consignación en escritura pública, ejecutoria o documento expedido por la autoridad judicial o el Gobierno o sus agentes, en la forma en la que se prevean en los reglamentos (*ex art. 3 LH*).

De ahí que queden excluidas del ámbito de aplicación de la conciliación registral, las materias de consumo que no resulten inscribibles, como puede ser un conflicto publicitario, el conflicto derivado de un producto en mal estado, o el conflicto surgido por la mala prestación de un servicio, así como los conflictos relativos al incumplimiento de un contrato de consumo de un bien o una prestación de servicios, porque en principio estos no serán inscribibles.

Por otra parte, el artículo plantea otra duda en cuanto a la posibilidad de que estas materias sean sometidas a la conciliación notarial. Y no porque estas puedan ser sometidas a la conciliación judicial ante el Letrado de la administración de Justicia, sino porque permite que estas materias sean sometidas a la conciliación notarial.

Y aquí, entendemos, que el artículo 103 *bis* de la Ley Hipotecaria incurre en una contradicción con artículo 70.1, letra *a*) de la Ley del Notariado, habida cuenta de que se excluyen los intentos de conciliación que versen sobre un incumplimiento de contrato entre un consumidor o usuario y un empresario o profesional.

Con todo ello, concluimos que, *de lege ferenda*, sería deseable que se conectaran ambos preceptos, dado que esta contradicción no permite afirmar taxativamente que sean conciliables los conflictos que versen sobre actos inscribibles. Si bien, sería ideal que esta contradicción se resolviera de forma positiva, habida cuenta de que es un método idóneo para avenir a las partes en las controversias que puedan surgir en materia de consumo.

En cuanto a los efectos, el intento de conciliación registral, al igual que el intento de cualquier solución extrajudicial, va a suspender el plazo de prescripción o caducidad.

Más complejo es determinar los efectos de la conciliación registral que termina con avenencia. Desde un punto de vista sustantivo, tendrá los mismos efectos que lo convenido en un documento público solemne. Pero, mayor dificultad plantea que este

documento tenga fuerza ejecutiva, pues al contrario de lo que ocurre con la conciliación judicial o notarial, no existe norma alguna que le atribuya tal fuerza; y no solo porque no este previsto en la norma que lo desarrolla, sino también por la materia susceptible de conciliación, que escapa de los requisitos exigidos por el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que en virtud de un título ejecutivo extrajudicial se pueda despachar ejecución, puesto que de modo alguno contendrá una prestación dineraria.

#### **4.3.2. Exclusión del contrato de consumo en el procedimiento de reclamación de deudas dinerarias no contradictorias**

El “expediente de conciliación”, se regulan en Capítulo IV de la Ley del Notariado, los expedientes en materia de obligaciones. Este Capítulo, a su vez, se divide en 2 Secciones que recogen los expedientes en materia de consumo ante notario: la primera recoge los expedientes relativos al ofrecimiento de pago y la consignación; y, la segunda, las reclamaciones de deudas dinerarias no contradichas.

##### **A) El expediente del ofrecimiento de pago y la consignación**

De un lado, el artículo 69 regula el procedimiento previsto ante notario para estos dos expedientes, señalando la obligación de que el sujeto que promueva el expediente deberá expresar los datos y circunstancias de la identificación de los interesados, el domicilio donde puedan ser hallados a efectos de notificación, las razones del inicio del expediente, así como todos los datos relativos al objeto de pago o la consignación, acompañado de la puesta a disposición del notario (art. 69.2 LN).

Aquí encontramos la primera peculiaridad de esta conciliación extrajudicial, dado que sería en todo caso el empresario el que inicia la conciliación para poner a disposición del consumidor el cumplimiento de la obligación.

Cuando el cumplimiento de la obligación venga referido a cantidades dinerarias, así como valores o instrumentos financieros, en sentido amplio, serán depositados por el notario en la entidad financiera colaboradora de la Administración de Justicia. En cambio, si tiene distinta naturaleza, el notario dispondrá su depósito o encargará a un tercero la custodia de dicha obligación, asegurándose de que se adopten las medidas necesarias para

su conservación, quedando adecuadamente justificado la custodia por diligencia en el acta (art. 69.3 LN).

Tras haber asegurado la custodia de la obligación, el notario notificará a las partes afectadas la previsión del ofrecimiento de pago o la consignación, para que en el plazo de 10 días hábiles acepten el pago, cuando se trate de deudas dinerarias, o retiren la cosa debida o, realicen las alegaciones que consideren pertinentes. Si el acreedor contestara al requerimiento, aceptando el pago o lo consignado en el plazo de 10 días, el notario entregará el bien, haciéndolo constar en el acta y dando por finalizado el expediente (art. 69.4 LN). En cambio, si transcurre el plazo de 10 días, y el acreedor no procede a retirarla, o no realiza acción o se niega a recibirla, se procede a la devolución de lo consignado y sin más trámites se archiva el expediente.

Debemos plantearnos, si este expediente es trasladable a las relaciones de consumo o, mejor dicho, si el expediente relativo al ofrecimiento de pago y la consignación queda incluida dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, teniendo en cuenta de que sería en todo caso el empresario el que realiza la consignación o el ofrecimiento de pago ante notario.

Pues bien, hemos llegado a la conclusión de que la respuesta es negativa, pues se excluyen *ex lege* los procedimientos de resolución alternativa de conflictos que inicien los empresarios contra los consumidores [art. 3.2. a) LRACMC].

## **B) El expediente de reclamación de deudas dinerarias no contradichas**

En cuanto a la Sección 2ª de la Ley del Notariado, que regula la reclamación de deudas dinerarias, hemos de cuestionarnos, si cabe la posibilidad de someter a este procedimiento el contrato de consumo, para ello, vamos a analizar este expediente.

El artículo 70 indica que el acreedor que pretenda el pago de una deuda dineraria de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía u origen, que sea líquida, determinada, vencida y exigible, podrá solicitar ante notario con residencia en el domicilio del deudor consignado en el documento que acredite el reconocimiento de la deuda, o en el documentalmente demostrado, en la residencia habitual del deudor o en el

lugar en el que el deudor pudiera ser hallado, que requiera a aquel del pago siempre y cuando la deuda se acredite de forma fehaciente, a juicio del notario, incluyendo en la deuda el desglose de la cuantía principal, más los intereses remuneratorios y los intereses de demora aplicados.

A renglón seguido, el precepto señala en sentido negativo las materias que no van a poder reclamarse a través de este expediente, que son, entre otras: las deudas que se funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario [art. 70.1, letra a)].

Lógicamente, este precepto excluye expresamente las reclamaciones dinerarias de créditos no impugnados cuando se funden en un contrato de consumo entre un empresario y un consumidor. Y, esta exclusión no obedece a que la conciliación extrajudicial llevada a cabo ante el notario en los expedientes de reclamaciones no dinerarias quede excluida de la 2017, sino porque la Ley del Notariado excluye *ex lege*, los intentos de conciliación que versen sobre un incumplimiento de contrato entre una consumidor o usuario y un empresario o profesional<sup>426</sup>.

Situación que sinceramente nos ha sorprendido, por lo que sería deseable que, *de lege ferenda*, se suprimiera la letra a) del artículo 70.1 de la Ley del Notariado, permitiendo que las reclamaciones de deudas entre el consumidor y el empresario puedan resolverse ante notario, ya sea través de la conciliación o, a través del expediente de regulación reclamación de deudas no contradichas, habida cuenta de la idoneidad de la conciliación para resolver conflictos en materia de consumo. Esta proposición, podría llevarse a cabo del mismo modo que el legislador suprimió la letra d) del artículo 2.2 de la Ley de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles, por la que se excluía la mediación de consumo, dado que ello permitiría al consumidor la previsión de otro mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, a través del cual pudiera resolver sus conflictos con los empresarios<sup>427</sup>

---

<sup>426</sup> Vid., BONACHERA VILLEGAS, R., “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 61.

<sup>427</sup> A favor, BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, *op. cit.*, p. 258; y, PILLADO GONZÁLEZ, E., “Procedimiento de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, en *Diario La Ley*, núm. 8782, 2016, p. 14.



Y, en el supuesto de que se diera la posibilidad futura de resolver los conflictos de los consumidores con los empresarios, la escritura pública notarial que derive de este expediente, llevará aparejada ejecución, conforme a los títulos extrajudiciales, estando dotada de eficacia ejecutiva conforme al ordinal 9º del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquiera de las partes puede solicitar al notario competente, la copia autorizada dotada del carácter ejecutivo en tanto no conste en la matriz nota relativa a la modificación de su contenido o su ejecución (*ex art. 83 LJV*).

Como breve conclusión, hemos de señalar que la regulación de este expediente es escueta y parca, resultando insuficiente y que, cuanto menos, sea hace necesaria su reforma. De lo contrario, en consonancia con lo señalado por Bonet Navarro, «*puede preverse que en la práctica será un instrumento residual y más bien anecdótico*»<sup>428</sup>.

### **C) El expediente de venta extrajudicial hipotecaria**

La venta extrajudicial de bienes inmuebles es un acto de jurisdicción voluntaria ante notario por el cual las partes ejercitan el derecho del acreedor —normalmente una entidad financiera—, a enajenar el bien hipotecado, y tiene como finalidad que el acreedor obtenga su derecho de crédito tras el impago reiterado del deudor.

De este expediente, cabe señalar que es fruto de la modificación introducida por la Disposición final decimotercera una, que vino a introducir en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión<sup>429</sup>, el Capítulo I del Título V una Sección segunda la venta extrajudicial. Al tiempo, el apartado dos y 3 de la misma Disposición final, modificaron, respectivamente, el artículo 86 y 87 de aquella ley.

Lógicamente, la inclusión de este procedimiento obedece a la posibilidad que nos brinda la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria para que los deudores hipotecarios zanjen la deuda de la hipoteca a través del expediente de venta extrajudicial ante notario, y, en su caso, finalicen el proceso de ejecución hipotecaria iniciado por las

---

<sup>428</sup> BONET NAVARRO, “La reclamación de créditos a través del procedimiento de los artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado”, en *Diario La Ley*, núm. 8921, 2017, p. 20.

<sup>429</sup> BOE, núm. 352, de 18 de diciembre de 1954.

entidades de crédito, en virtud del impago de las cuotas previstas en el contrato de préstamo hipotecario.

Así pues, si un crédito asegurado mediante una garantía real no se satisface debidamente en plazo, el acreedor puede iniciar un proceso de ejecución hipotecaria para el cumplimiento de la garantía que adquiere cuando se firme el contrato hipotecario.

En cuanto a las notas más características de este procedimiento, ha de señalarse que difieren de todos los procedimientos extrajudiciales a los que estamos haciendo referencia, pues hay una “inversión” de las alternativas a favor del acreedor en detrimento del deudor. Tanto es así, que es al acreedor al que se le conceden varias vías para hacer efectiva su garantía y su derecho de crédito, dado que tiene la opción de ejecutar el contrato de préstamo a través de los modos establecidos por las partes en el contrato de préstamo, a través de la subasta judicial, si el proceso de ejecución hipotecaria ya se ha iniciado, o bien a través de la subasta extrajudicial del bien gravado, antes de iniciarse el proceso de ejecución. Tanto es así, que el artículo 129.1 de la Ley Hipotecaria señala que la acción hipotecaria podrá ejercitarse mediante dos vías: en primer lugar, directamente contra los bienes hipotecados del deudor, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 129.1, letra *a*)]; y, en segundo lugar, conforme la venta extrajudicial del bien hipotecado, llevada a cabo conforme al artículo 1858 del Código Civil<sup>430</sup>, siempre que se hubiera pactado por las partes en la escritura de constitución de la hipoteca, y solo cuando el deudor no pagara el capital o los intereses de la deuda garantizada [art. 129.1, letra *b*)]<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Este artículo indica que: «*Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*».

<sup>431</sup> Muchos han sido los debates en torno a la validez de las cláusulas pactadas como condición general en los préstamos suscritos con los consumidores. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2016, vino a dar luz a este asunto, estableciendo que el pacto de venta extrajudicial no es abusivo en sí mismo, incluso conforme a la normativa anterior, que no preveía la oposición del consumidor por la existencia de cláusulas abusivas [STS (Sala 1ª), núm. 483/2016, 14 de julio (núm. de recurso: 1668/2014)]. Para un mayor abundamiento sobre la validez de estos pactos, *vid.*, STEFEL MORENO, A., “Consideraciones sustantivas y procesales sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial de bienes hipotecados”, en *Diario La Ley*, núm. 8075, 2013; y, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (con Vendrell y Cepero), “Validez del pacto de la venta extrajudicial incorporado como condición general de la contratación en un préstamo hipotecario suscrito con un consumidor (Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016)”, en *Diario La Ley*, núm. 5416, 2017.

— *Requisitos*

Los requisitos del procedimiento de venta extrajudicial hipotecaria se regulan, con carácter general en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, pero más concretamente en el artículo 86 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión. Y son:

- Que la escritura de constitución de la hipoteca se designe por el deudor o, en su caso, por el hipotecante no deudor, esto es, el aval o fiador, un mandatario que lo represente cuando vaya a llevarse a cabo la venta de los bienes hipotecarios, pudiendo ser el mismo acreedor o entidad de crédito que ejercite el derecho de crédito;
- Que conste el precio en el que las partes tasan los bienes, debiendo fijarse el mismo para el que, en su caso, se fije en vía judicial;
- Que se fije por el deudor hipotecante o, en su caso, por el aval o fiador un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, pudiendo designarse una domiciliación electrónica. Y, si se opta por este medio, todos los requerimientos y notificaciones deberán hacerse en la misma forma.

Al tiempo que se regulan estos requisitos, el párrafo 2º del artículo 86.3, indica que, respecto a la venta forzosa en sede extrajudicial derivada de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, se aplicarán supletoriamente las normas sobre subasta electrónica contenidas en la legislación procesal.

— *El procedimiento*

El procedimiento extrajudicial para la venta extrajudicial se regula en el artículo 87 de Ley de 16 de diciembre de 1954. El precepto comienza señalando quién es el notario competente para llevar a cabo la venta extrajudicial, atribuyendo la competencia al notario del lugar donde radiquen los bienes de la venta o, el de un distrito colindante a él.

La iniciación del procedimiento se inicia por el requerimiento del acreedor al notario, que previo examen de los requisitos, procederá a la venta de los bienes en pública subasta. Y este es uno de los requisitos que nos lleva a la primera conclusión de este

procedimiento, dado que podemos calificarlo como un método para resolver los conflictos de los deudores hipotecarios con las entidades financieras, pero queda extramuros de los métodos regulados por la Ley 7/2017, pues esta excluye los procedimientos de resolución alternativa de conflictos iniciados por el empresario contra el consumidor [*ex art. 3.2, letra b) LRACMC*].

En el requerimiento de pago el acreedor deberá fijar la cantidad exacta que sea objeto de la reclamación, desglosando los intereses, la causa de vencimiento y entregando al notario el título o los títulos de su crédito, debiendo estos recoger todos los requisitos que recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que tengan aparejada ejecución, siendo necesario que el requerimiento se recoja en acta.

Tras ello, el acreedor solicitaría al notario que requiera el pago al deudor o, en su caso, al fiador, o aval, expresando la cantidad que reclama, haciendo constar que, si aquel no lo hiciera, se procederá a la subasta de los bienes hipotecados, concediéndole a los deudores requeridos, un plazo de 5 días siguientes al del requerimiento, el pago o la entrega de la posesión material de los bienes hipotecados al acreedor o al mandatario designado en la escritura de constitución de la hipoteca. Si el deudor incumple esta obligación, el notario no dará por finalizado la venta, cuando así lo solicite el acreedor, a quien le quedará expedita la vía judicial, sin perjuicio de las acciones civiles que pueda ejercitar.

Si el deudor paga o entrega la posesión del bien, el procedimiento continúa, pudiendo el acreedor instar ante el registrador —junto al requerimiento de pago efectuado en el notario— la certificación literal del asiento de la hipoteca, expresando que se encuentra subsistente y sin cancelar en el Registro de la Propiedad, y se relacionará con los asientos posteriores a la venta extrajudicial. Certificación esta, que el registrador hará constar con su fecha y el notario ante el que se está llevando a cabo la venta, al margen de la inscripción de la hipoteca. Cuando de la certificación del Registro de la Propiedad aparezca algún asiento con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, se notificará al deudor y a su titular la existencia del procedimiento para que, en su caso, pueda intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas. Si se diera este último caso, los acreedores quedarán subrogados en los derechos del actor y se

hará constar tanto el pago como la subrogación, mediante su presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o del mandato judicial, en su caso.

Transcurridos los 5 días de la práctica del requerimiento, se procede a la subasta, cuya convocatoria se anunciará en el “Boletín Oficial del Estado”. Esta subasta se celebrará de forma electrónica en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. La subasta admitirá posturas durante un plazo mínimo de 20 días naturales, desde que se abriera, y no quedará cerrada hasta transcurrida una hora desde la realización de la última postura, siendo posible por este motivo, que el plazo inicial de 20 días sea prorrogado por un máximo de 24 horas más.

La situación antedicha nos lleva a plantearnos ante qué tipo de procedimiento estamos, pues del precepto parece deducirse que la subasta del bien consiste en un procedimiento estrictamente electrónico, ya que no se prevé la subasta por otros medios distintos.

El precepto continúa en su apartado 6º a la forma en la que se llevará a cabo la subasta del bien, previéndose que se llevará a cabo la venta a través de una única subasta para la cual se tendrá en cuenta el valor de tasación que se establecido en la escritura de constitución de la hipoteca. En el supuesto de que se pujan por un importe igual o superior al 70% del valor por el que el bien se haya subastado, se adjudicará a la finca a quien presente la mejor puja.

En cambio, si la mejor puja fuera inferior, se le concede al deudor un plazo de 10 días para presente un tercero que mejore la postura, ofreciendo una cantidad igual o superior al 70% del valor de tasación o que, siendo inferior a dicho importe, resulte suficiente para satisfacer el derecho de crédito del acreedor.

Una vez transcurrido el plazo de 10 días si el deudor o titular registral del dominio no presenta un tercero que mejore la postura, el acreedor podrá pedir en el plazo de 5 días, la adjudicación del bien o bien por el 70% del valor por el que se hubiera subastado, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, salvo que dicha cantidad sea inferior al 60% del valor de tasación y la mejor postura. En el supuesto en el que le el acreedor no haga uso de esta facultad, se entenderá rematado el bien por quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad ofrecida sea superior al 50% del

valor de tasación o, si es inferior, que cubra al menos la cantidad reclamada por todos los conceptos.

Puede suceder, en cambio, que en la subasta no haya ningún postor. Supuesto en el que se le atribuye al deudor, en el plazo de 10 días, la adjudicación por cantidad igual o superior al 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos

La norma permite que el acreedor ejecutante podrá concurrir a la subasta como licitador, siempre que existan otros licitadores, y sin necesidad de consignar ninguna cantidad. El resto de los licitadores deberán depositar un 5% del valor de tasación para formar parte de la subasta.

Finalizada la subasta con la adjudicación al mejor postor, este depositará ante el notario, la diferencia entre el depósito previo y el precio de adjudicación, dentro del plazo del segundo día, y se procederá a devolver a los demás licitadores el depósito que hubiera constituido. Si el adjudicatario del bien no consignara dicha cantidad al notario en aquel plazo, se adjudicará el bien al postor que siguiese al primero en el orden de puja y que hubiera consentido la reserva de su consignación. Las consignaciones de los postores que no hayan acudido a satisfacer la diferencia se destinarán al pago de los gastos del procedimiento y, el exceso, si lo hubiere, al pago del crédito e intereses.

En los supuestos en los que sea adjudicatario el propio acreedor, también deberá consignar la diferencia entre la cantidad reclamada y el precio de adjudicación, y si no lo hace será responsable de los gastos de la subasta celebrada, así como de las que eventualmente puedan celebrarse.

La cantidad resultante que se obtenga de la subasta se destina a los gastos del procedimiento y al pago del crédito principal más los intereses y, el exceso, será entregado por el notario al hipotecante o al tercer poseedor si no hay otros sujetos que hayan trabado el embargo o interpuesto la reclamación judicial por otras deudas del hipotecante, en cuyo caso se depositará en un establecimiento público destinado al efecto.

La adjudicación del bien se hará constar en escritura pública otorgada tanto al adjudicatario como el deudor, o el hipotecante no deudor, o tercer poseedor o, en su caso, al respectivo causahabiente, y si estos últimos no han comparecido, la otorgará en su nombre el mandatario designado al efecto. Dicha escritura pública recogerá los trámites observados, el precio de adjudicación, su pago por el adjudicatario, el pago realizado al acreedor, así como la entrega del exceso, si lo hubiera. Y estos mismos extremos se recogerán cuando la persona del acreedor coincida con el adjudicatario.

En los supuestos en los que la subasta quedará desierta y el acreedor no pidiera la adjudicación, se dará por terminado el procedimiento sin efecto, quedando expedito el derecho del acreedor para ejercitar en sede judicial.

Si el procedimiento concluye con éxito, se le entregarán al adjudicatario los bienes por la persona que los tuviera, en tanto que, si no le son entregados, podrá pedir la posesión judicial de ellos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que pudiera ejercitar contra quien se hubiere negado injustamente a su entrega.

— *Causas de suspensión del procedimiento. Especial referencia a la suspensión de la venta extrajudicial por la apreciación de cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario*

El artículo 88 de la Ley Hipotecaria señala que el procedimiento para la venta extrajudicial hipotecaria, solo se suspenderá por una de las 5 causas *numerus clausus* que señala el precepto. Sin embargo, vamos a centrar nuestra atención en la suspensión del procedimiento.

Sin embargo, vamos a centrar nuestra atención en el párrafo 2º de la causa quinta de aquel precepto, que regula la suspensión de la venta extrajudicial, cuando una de las partes acredite el planteamiento ante el juez competente del carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible. Posteriormente, una vez sea sustanciada la cuestión y siempre que la resolución judicial no determine que la abusividad de la cláusula constituye el fundamento de la ejecución hipotecaria o

determine la cantidad exigible, el notario podrá continuar con el procedimiento de venta extrajudicial, a requerimiento del acreedor.

Y este apartado, debemos ponerlo en relación con el artículo 129.2, letra *f*) de la Ley Hipotecaria, que viene a reproducir más o menos la 5ª causa de suspensión del artículo 88, añadiendo que el si el notario considera que existe una cláusula abusiva, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y, en su caso, del avalista hipotecante no deudor a los efectos oportunos. Y ello es así, lógicamente, porque el notario puede informar a las partes de la existencia de una cláusula abusiva, pero no tiene competencia para resolver sobre la nulidad de la cláusula abusiva, pues la declaración de abusividad y nulidad de una cláusula se atribuye al juez competente.

A mayor abundamiento, debemos señalar que la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario es uno de los motivos de oposición a la ejecución que señala el artículo 557.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a los motivos de oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales.

El precepto señala que cuando se despache ejecución por los títulos previstos en el mismo, el ejecutado podrá oponerse a ella en tiempo y forma, cuando el título contenga una cláusula abusiva.

Precisamente, el precepto viene a indicar en el ordinal 4º del artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que llevará aparejada ejecución conforme a los títulos extrajudiciales, la primera copia de la escritura pública, o la segunda, siempre que esté dada en virtud de mandato judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad; luego, si el notario aprecia una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario suspenderá el procedimiento de la venta extrajudicial, y si finalmente el juez competente la declara abusiva, el deudor podrá oponerse a la ejecución hipotecaria en virtud de la escritura pública.

Ello no quiere decir, como bien vino a reconocer la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2014, que la Directiva sobre cláusulas abusivas se oponga a una normativa nacional que permita el cobro de un crédito basado en cláusulas contractuales que sean posiblemente abusivas, mediante la ejecución



extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, «*siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente*»<sup>432</sup>.

---

<sup>432</sup> STJUE (Sala 3ª), de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, *Monika Kušionová y SMART Capital*.

### III. FÓRMULAS HETEROCOMPOSITIVAS: EL ÁRBITRAJE

#### 1. EL ARBITRAJE DE CONSUMO

##### 1.1. Introducción

Para comenzar el estudio del arbitraje de consumo, hemos de hacer referencia previamente a los antecedentes normativos que han precedido a este método extrajudicial de resolución de conflictos. El punto de partida de esta institución puede encontrarse en nuestra Constitución Española, dado que exige de los poderes públicos la dotación a los consumidores y usuarios de procedimientos eficaces para defenderse, encomendándoles la protección de su seguridad, su salud y sus legítimos intereses económicos (*ex art. 51*). De esta manera, no solo podríamos decir que deben establecerse procedimientos administrativos y procesos judiciales eficaces, sino también procedimientos de resolución alternativa que permitan garantizar los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

Tras este mandato constitucional, del arbitraje de consumo se hizo eco por primera vez la Ley 26/1984, que instaba al Gobierno a establecer un sistema arbitral que, sin formalidades especiales y, con carácter voluntario, vinculante y ejecutivo para las partes, atendiera las reclamaciones de los consumidores y usuarios, delimitando el ámbito material de la institución arbitral en sentido negativo, al señalar que, a través de sus cauces no se podrán someter a los árbitros las materias de consumo en las que concurren intoxicación, lesión, muerte, o existan indicios racionales del delito (*ex art. 31*)<sup>433</sup>.

Tras este reconocimiento expreso de la ya derogada Ley de Consumidores, la Ley de Arbitraje de 1988 contuvo dos Disposiciones adicionales sobre el arbitraje de consumo: la primera hace referencia a la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje a la que sería la futura regulación del arbitraje de consumo, así como a la necesidad de que el arbitraje

---

<sup>433</sup> Curiosamente, la delimitación negativa llevada a cabo por la Ley 26/1984, coincide con la exclusión realizada por la normativa vigente, relativa al arbitraje de consumo (*ex art. 2 RDSAC*), así como con los motivos de inadmisión a trámite de una reclamación ante una entidad de resolución alternativa de conflictos, cuando se trate de procedimientos con resultado vinculante para el consumidor (*art. 18 LRACMC*).

tuviera carácter gratuito para las partes; la segunda, habilita al Gobierno para la constitución de los órganos arbitrales de consumo.

Ello llevó al Gobierno a proveer una necesaria reforma del Sistema Arbitral de Consumo; al tiempo que se modificó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>434</sup>.

La Disposición final sexta de esta ley, impone al Gobierno la obligación de dictar una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo, imponiéndole una obligación de regular el arbitraje virtual, así como la regulación de las reclamaciones o “recursos” a decidir ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones dictadas por las Juntas Arbitrales Territoriales, sobre admisión de las solicitudes de arbitraje. Igualmente, se deberán reglamentar los supuestos en los que actuará un árbitro único o un colegio arbitral.

Elaborado el Texto Refundido, según el mandato contenido en la Disposición final quinta de la Ley 44/2006 y, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se establecen determinadas cautelas a favor del consumidor. Entre otras medidas, se prevé que los convenios arbitrales celebrados con los consumidores y usuarios distintos del arbitraje de consumo, solo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre el empresario y el consumidor, salvo que se trate de sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector específico, declarando nulos, a renglón seguido, todos los convenios arbitrales que contravengan la situación anterior (art. 31.4 *sic* TRLGDCU).

Así, se ha venido intensificado la protección de los consumidores y usuarios, si anteriormente se permitía la inclusión de una cláusula de sometimiento a arbitraje o la celebración de un convenio arbitral con carácter previo al surgimiento del conflicto en determinados sectores de las relaciones de consumo, la Ley 1/2007 ha eliminado tal

---

<sup>434</sup> BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

posibilidad, no siendo vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales celebrados con un empresario antes de surgir el conflicto (*ex art. 57.4 TRLGCU*)<sup>435</sup>.

En efecto, el Sistema Arbitral de Consumo mantiene los parámetros señalados en la Ley 1/2007, de 16 de diciembre, de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>436</sup>.

En este complejo y amplio marco jurídico se dictó el Real Decreto 231/2008, que regula el anhelado Sistema Arbitral de Consumo, que entró en vigor, el 25 de agosto de 2008, salvo los artículos 25 y 27, que entraron en vigor el 26 de febrero<sup>437</sup>.

Las novedades más significativas que introduce el Real Decreto versan sobre “*aspectos sustantivos, organizativos y procedimentales del Sistema Arbitral de Consumo*”<sup>438</sup>. En lo que respecta a la vertiente civil, con carácter general, se señalan aspectos tales como, el ámbito material del arbitraje de consumo, dejando clara la posibilidad de que el empresario formule reconvencción contra las solicitudes instadas por los consumidores. Al tiempo, se introducen los requisitos que deben cumplir las solicitudes de arbitraje, entre los que destacan la siguientes. la identificación de la solicitud iniciada por los consumidores y usuarios, la identificación del empresario contra el que se reclama, el lugar o el medio a efectos de notificaciones, el relato de los hechos, las pretensiones del consumidor, la fecha, el lugar y la firma (*ex art. 34 RDSAC*).

En cuanto a la forma de presentación de la solicitud, cabe la posibilidad de que el consumidor la presente a través de los medios telemáticos o por cualquier medio

---

<sup>435</sup> Significativo es, en este sentido, el AAP de Barcelona (Sección 1ª), núm. 173/2017, de 16 de mayo (núm. de recurso 275/2017), en el que se pone de manifiesto la mayor intensidad con la que se protege a los consumidores frente a la dispensada a los empresarios, al no ser considerado como consumidor, toda vez que al contrato celebrado entre una cooperativa y una entidad financiera en la que pactan una cláusula de sumisión a arbitraje en calidad de empresarios, no se le aplicará la normativa de protectora de los consumidores, por lo que la citada cláusula de sumisión a arbitraje no podrá someterse al control de transparencia ni declararse abusiva.

<sup>436</sup> El artículo 57 de la Ley 1/2007, lo define como: un sistema de resolución de conflictos entre los consumidores o 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, excluyendo de su ámbito material los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de la comisión de un delito, aunque afecten al Derecho de consumo.

<sup>437</sup> De la Ley 1/2007, de 16 de noviembre, se desprende que el Sistema Arbitral de Consumo en el ámbito civil tendrá carácter voluntario para las partes, debiendo constar este expresamente por escrito, a través de cualquier medio electrónico u otro medio admitido legalmente (art. 58 TRLGCU).

<sup>438</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, *op. cit.*, p. 103.

convencional, disponiendo las Juntas Arbitrales de Consumo de impresos normalizados tanto para que el consumidor presente la solicitud, como para que el empresario conteste.

En lo que respecta a la vertiente organizativa y al funcionamiento del Sistema Arbitral de Consumo<sup>439</sup>, el Real Decreto introduce dos órganos: la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo<sup>440</sup>. Los miembros de la Comisión actúan asistidos por dos árbitros, uno en representación de los consumidores y usuarios y, otro, en representación de las organizaciones empresariales y profesionales (*ex art.* 10 RDSAC).

Con el mismo objetivo, se establecen los criterios de competencia territorial de las Juntas Arbitrales de Consumo que integran el Sistema Arbitral de Consumo. Al tiempo, se apuesta por la creación de órganos sectoriales y especializados, por las ofertas públicas de adhesión sin limitación, y se crea un distintivo específico cuando se admitan ofertas públicas de adhesión limitadas, con la finalidad de que el consumidor conozca de antemano las limitaciones y evitar la competencia desleal en el uso por parte de las empresas del distintivo que señala su adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.

También en la vertiente institucional del Sistema Arbitral de Consumo se introdujeron grandes avances, dado que se encomienda a las Juntas Arbitrales de Consumo territoriales la gestión de este arbitraje, siendo esta de carácter administrativo, y resultando de aplicación supletoria la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>441</sup>.

---

<sup>439</sup> Este órgano está integrado por tres presidentes de Juntas Arbitrales de Consumo, y le corresponde resolver sobre la resolución de los “recursos” frente a la admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje. Asimismo, tiene encomendadas otras funciones, tales como: la emisión de informes técnicos, la realización de dictámenes o recomendaciones para evitar que los órganos arbitrales dicten pronunciamientos contradictorios, así como la elaboración de los informes preceptivos en la admisión de las ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo, siendo el informe preceptivo y vinculante cuando su pronunciamiento sea contrario a la admisibilidad de la oferta.

<sup>440</sup> Este órgano está integrado por una amplia representación de la Administración General del Estado, de las Juntas Arbitrales de Consumo y de las organizaciones sociales, y le corresponde la función de establecer los criterios generales del Sistema, con la misma finalidad que la Comisión de las Juntas Arbitrales.

<sup>441</sup> Hemos de precisar que, el Sistema Arbitral de Consumo se refiere a la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debiendo entender que se refiere a la norma que regula el procedimiento a seguir, esto es, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

En lo que respecta a la regulación de los órganos encargados de la resolución del conflicto, se introduce un sistema de acreditación para los árbitros, debiendo atenerse a los criterios de honorabilidad y cualificación. Asimismo, se introduce la posibilidad de que la resolución del conflicto la lleve a cabo un órgano unipersonal en dos supuestos: por acuerdo entre las partes; y, cuando la escasa cuantía (300 euros) y complejidad del asunto lo aconsejen.

En lo que respecta a la vertiente procedimental, el Real Decreto creó dos nuevos procedimientos arbitrales: el arbitraje colectivo de consumo y, el arbitraje de consumo electrónico. Así pues, podemos decir que el Sistema Arbitral de Consumo cuenta con 3 procedimientos arbitrales distintos: un procedimiento que puede calificarse de como un arbitraje de consumo “ordinario” o individual”, cuando la reclamación se inicia por un consumidor individual; un procedimiento electrónico, cuando la reclamación de arbitraje de consumo se sustancia a través de un medio electrónico; y, un arbitraje de consumo “colectivo”, cuando en un único procedimiento arbitral, se resuelven las reclamaciones individuales de los consumidores en las que concurren identidad objetiva —porque concurren los mismos hechos que motivan las reclamaciones— e identidad subjetiva, porque las reclamaciones se dirigen contra el mismo empresario o profesional.

Finalmente, ha de señalarse que, el Sistema Arbitral de Consumo, al tratarse de un arbitraje especial, su régimen jurídico viene pormenorizado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, sin perjuicio de que resultará de aplicación supletoria la Ley 60/2003, de Arbitraje, al constituir esta la norma general o común aplicable a todos los arbitrajes especiales que no cuentan con una regulación<sup>442</sup>.

---

<sup>442</sup> Ha de señalarse que, aunque vamos a centrar nuestro estudio en el arbitraje de consumo “ordinario”, en el “colectivo”, así como en otros arbitrajes especiales en materia de consumo, existen otros arbitrajes especiales distintos del de consumo a los que les será de aplicación supletoria la Ley de Arbitraje. Entre ellos destacan, entre otros, los siguientes: (i) el arbitraje en materia de propiedad industrial, regulado en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE, núm. 294, de 08 de diciembre) y, en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial ( BOE, núm.162, de 8 de Julio de 2003); (ii) el arbitraje en materia de propiedad intelectual, regulado en el Real Decreto Ley 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE, núm. 97, de 22 de febrero de 1996); (iii) el arbitraje en materia de ordenación de los transportes, regulado en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE, núm. 182, de 31 de julio de 1987); (iv) el arbitraje testamentario, regulado en la Ley de Arbitraje; y, (v) los arbitrajes *seudo-administrativos*. Para un mayor abundamiento estos arbitrajes especiales, *vid.*, BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, *op. cit.*, pp. 159-225.

## 1.2. Ámbito de aplicación

La nota más característica del Sistema Arbitral de Consumo es que es un arbitraje especial. Esta especialidad conlleva a que su ámbito de aplicación también sea muy específico, pues se ciñe a los conflictos que puedan surgir entre consumidores o usuarios y empresarios.

El Real Decreto regula el ámbito de aplicación en los artículos 1.2 y 2: el primero hace referencia al ámbito subjetivo de la norma, esto es, «*a los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación con los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor*»; y, el segundo hace referencia al ámbito objetivo, dado que estos conflictos deben versar sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho<sup>443</sup>.

Así pues, el ámbito de aplicación del arbitraje de consumo viene determinado por tres criterios concurrentes: un criterio objetivo, un criterio subjetivo y un criterio territorial, que a continuación desarrollamos.

### 1.2.1. Ámbito objetivo

El arbitraje de consumo es el sistema a través del cual se resuelven extrajudicialmente las reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación con los derechos que legal o contractualmente se reconocen al consumidor, siempre que dichos conflictos versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho (*ex arts. 1.2 y 2 RDSAC*).

En este sentido, Bonachera Villegas vino a concretar esta cuestión con mayor precisión, señalando que el ámbito material del arbitraje tiene como primer presupuesto la existencia de una relación de Derecho privado entre las partes. Relación que va 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 las normas

---

<sup>443</sup> Teniendo presente que Sistema Arbitral de Consumo regula la mediación al hilo del arbitraje de consumo, hemos de señalar que el ámbito material de la mediación de consumo quedará determinado, en principio, por las materias que puedan ser sometidas al arbitraje de consumo. En este sentido, FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: El Real Decreto 231/2008. Objeto, ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, *op. cit.*, pp.193 y ss.

generales de consumo o, mejor dicho, a las acciones respecto de tales derechos que las normas reconocen a los consumidores<sup>444</sup>.

En cuanto al ámbito objetivo, en sentido negativo quedan fuera del ámbito del arbitraje de consumo las materias que no sean de libre disposición por las partes, y en cuyo también quedan fuera, las materias que sean indivisibles de materias no dispositivas. Ahora bien, debemos cuestionarnos qué materias son indisponibles para las partes por estar regidas por un interés público.

Parece meridianamente claro que las partes no tienen poder de disposición sobre los ilícitos penales, dado que estos son de naturaleza pública. Tanto es así, que van a quedar excluidos del arbitraje de consumo los delitos contra la salud pública, así como las reclamaciones que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios que derive directamente de las materias mencionadas, esto es, expresamente, la acción civil *ex delicto* (ex art. 2.2. RDSAC)<sup>445</sup>. Y ello, porque al ser materias indisponibles para las partes, también lo serán las eventuales responsabilidades que derive de ellas; de ahí que, en el ámbito penal, la responsabilidad civil será acumulada a la acción principal que haya dado lugar a la atribución de competencias al orden penal.

A mayor abundamiento, también quedan fuera las materias de Derecho administrativo por encontrarse en juego un interés público, quedando excluidas las reclamaciones de los consumidores que tengan por objeto el acceso a estos servicios públicos. No quedará excluida en cambio, la eventual responsabilidad civil que derive de estos servicios públicos por ser materias disponibles para las partes.

Asimismo, no van a ser reclamables a través del arbitraje de consumo, los contratos cuyas cláusulas vengan impuestas por el empresario o, mejor dicho, las condiciones generales de la contratación que puedan considerarse abusivas, dado que estas no son disponibles para el consumidor, aunque rija un interés privado, por ejemplo, las condiciones del contrato de suministro de luz, de agua o las condiciones de los contratos

---

<sup>444</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, p. 106.

<sup>445</sup> En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M.J., “Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 9/10, 2006, pp. 11 y 12.



de telecomunicaciones, en tanto que sí quedarán incluidos los conflictos que puedan surgir respecto a otras cláusulas de contratación que se incluyan en esta modalidad de contratos.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, podemos entender que la responsabilidad sobre la que puede actuarse en el arbitraje de consumo es de naturaleza contractual, dado que se trata de derechos en los que rige un interés privado, siendo la obligación que nace entre las partes, por lo que los consumidores podrán reclamar a través de este arbitraje, la acción de condena al resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la culpa contractual, pero no así de la culpa extracontractual<sup>446</sup>.

### **1.2.2. Ámbito subjetivo**

El ámbito subjetivo de aplicación viene determinado por los sujetos que intervienen en la relación de consumo, esto es, el empresario o profesional que suministra un producto o servicio y, el consumidor o usuario que adquiere o consume ese producto o servicio. Así pues, los requisitos para ser consumidor (o usuario) y empresario vienen señalados en la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que recordemos son: las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su ámbito comercial, empresarial, oficio o profesión y las personas jurídicas y los entes sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial (art. 3.1 LGDCU).

Y, por lo que se refiere al empresario, es toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 4 LGDCU).

Por otra parte, ha de indicarse que el arbitraje de consumo exige que la iniciación de la reclamación sea iniciada por el consumidor o, en su caso, por el sujeto o entidad que lo represente, y se dirija contra el empresario o profesional. Ello quiere decir que, el arbitraje de consumo, al igual que el resto de los procedimientos que quedan amparados por la Ley

---

<sup>446</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, p. 110.

7/2017, de 2 de noviembre, son de carácter unidireccional, ello quiere decir que no es posible que el arbitraje de consumo se inicie por el empresario contra el consumidor.

Y ello, debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad que concede el Sistema Arbitral de Consumo al empresario, para que, en cualquier momento, y antes de la finalización del trámite de audiencia, formule reconvencción frente al consumidor reclamante (*ex art. 43.1 RDSAC*). Planteada la reconvencción por el empresario, los árbitros podrán inadmitirla si versa sobre una materia no susceptible de ser sometida al arbitraje de consumo, o si no existiera conexión entre las pretensiones introducidas en la reconvencción y las pretensiones de la solicitud de arbitraje, debiendo recogerse la inadmisión de la reconvencción en el laudo que ponga fin al conflicto (*art. 43.2*).

## **1.2. Los pactos de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo y las cláusulas abusivas**

Los pactos de sumisión a arbitraje distintos del de consumo que se celebren entre los consumidores y los empresarios están muy limitados. Ello es así, con la única finalidad de proteger a los consumidores como parte débil de la relación de consumo.

Para el análisis de este aspecto, debe partirse necesariamente de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de 2003, que señala que el convenio arbitral puede materializarse por la mera voluntad de las partes, a través de una cláusula incorporada al contrato principal o en un acuerdo independiente (*ex art. 9.1 LA*), sin perjuicio de la limitación a los convenios o cláusulas arbitrales contenidos en un contrato de adhesión, señalando que su validez estará sujeta a las normas que resulten de aplicación a este tipo de contratos (*art. 9.2*).

Para enjuiciar la validez de tales cláusulas, hemos de acudir a lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, en este sentido, considera abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos institucionales creados por normas legales para un sector específico (*art. 90.2*), como son, por ejemplo, las Juntas Arbitrales de Transporte o las Comisiones Arbitrales de Agencias de Viajes.

Tanto es así, que las cláusulas abusivas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo serán nulas de pleno derecho, y se tendrán por no puestas<sup>447</sup> (art. 83 LGDCU)<sup>448</sup>.

La finalidad perseguida por el legislador con la limitación de las cláusulas que se pueden incumplir en los contratos de adhesión, no es otra que la de elevar la protección de los consumidores y usuarios en esta tipología de contratos, dado que en la mayoría de los casos podrían verse persuadidos por los empresarios a aceptar un arbitraje distinto al de consumo, además de lo que ello conllevaría, pues el arbitraje excluye la Jurisdicción.

Siguiendo la línea de protección del consumidor, entendemos que solo son válidas las cláusulas de sometimiento a arbitraje previas al conflicto, cuando el consumidor y el empresario se sometan a un arbitraje institucionalizado, es decir, un arbitraje cuya gestión dependa de una Administración o entidad pública. Siendo válido cualquier arbitraje si la cláusula de sumisión es posterior al surgimiento del conflicto<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> Muestra de ello, es la STSJ de Madrid (Sección 1ª), núm. 41/2018, de 14 de noviembre (AC 2018\1834), que establece que la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo celebrados a causa de un arrendamiento de servicios suscrito entre administrador de fincas y comunidad de propietarios comporta la nulidad absoluta por abusiva del convenio arbitral, por ostentar esta última la condición de consumidor. Es más, no serán abusivas las cláusulas de sumisión arbitraje cuando una de las partes no ostente la condición de consumidor, pues no se deriva un desequilibrio importante entre estas. STSJ de Madrid, (Sección 1ª), núm. 64/2015 de 16 septiembre (JUR 2015/242481); y, núm. 83/2015 de 17 noviembre (AC 2016/524).

<sup>448</sup> Hemos de señalar que la redacción del mencionado artículo 83, viene a dar cumplimiento al artículo 6.1. de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, que establece la prohibición de preceptos de carácter nacional en materia de cláusulas abusivas que vinculen al consumidor en un contrato celebrado con este y el empresario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el carácter imperativo y equivalente que tiene esta norma frente las disposiciones nacionales establecidas por los ordenamientos jurídicos nacionales, cuando vengan referidas a normas de orden público. De ahí, que algunas de las sentencias del Tribunal de Justicia hayan declarado la imperatividad y equivalencia de esta norma, toda vez que su finalidad no es otra que la de reemplazar el equilibrio formal y real entre los derechos y obligaciones de las partes para que pueda restablecerse la igualdad entre ellas (SSTJUE (Sala 1ª), de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, *Asbeek Brusse* (aps. 38 y 44); de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt* (ap. 20); y, de 14 de junio de 2012, asunto C-618, *Banco Español de Crédito* (ap. 40). Para un mayor abundamiento sobre las cláusulas abusivas de contenido procesal, así como la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, *vid.*, MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas: tratamiento sustantivo y procesal*, *op. cit.*, pp. 172-191.

<sup>449</sup> Según los datos de la organización *Open* de Arbitraje —organizado por la Corte de Arbitraje Asociación Europea de Arbitraje, en el que se trata la importancia del marco internacional en el arbitraje de inversión y comercial—, la importancia del arbitraje es de tal calibre, que se ha hecho notar especialmente en sectores como el inmobiliario. Tanto es así, que el 80% de los procedimientos de arbitraje estuvieron relacionados con este sector en 2018. Esta potenciación del arbitraje inmobiliario irá en aumento en los próximos años, especialmente en los sectores de la construcción y de las franquicias. De hecho, la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión ha aumentado considerablemente por la participación de los abogados *corporate* o de empresa, que son los encargados de incluir dichas cláusulas en los contratos.

Esta restricción está directamente conectada con lo preceptuado en el artículo 15.1 de la Ley 7/2017, dado que no serán vinculantes para el consumidor los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un conflicto con el objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante, en tanto que sí serán vinculantes para el empresario los acuerdos celebrados antes de la celebración del conflicto, si reúne las condiciones exigidas por la normativa aplicable al acuerdo, pudiendo prescindirse del mismo, cuando el empresario se encuentre obligado por ley o por su adhesión previa a la participación en dicho procedimiento (art. 15.2 LRACMC). La Ley 7/2017 se refiere entre otros arbitrajes, al arbitraje de consumo.

### **1.3. Carácter preferente del arbitraje de consumo en equidad**

La distinción entre el arbitraje en derecho o en equidad es una alternativa que tienen las partes para resolver el conflicto en el arbitraje. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros, en atención a las leyes establecidas, resuelven el conflicto de un modo similar al que lo hace un órgano jurisdiccional al desarrollar el proceso judicial. Por ello, en los arbitrajes en derecho, se exige que los árbitros sean licenciados o graduados en derecho (art. 21.1, párraf. 2º), o abogados en ejercicio (art. 15 LA), en tanto y en cuanto el arbitraje en equidad es un arbitraje más flexible, dado que permite que el árbitro dicte el laudo según su leal saber y entender, siendo exigible únicamente, que el árbitro esté en pleno uso de sus derechos civiles.

Ahora bien, aquí encontramos un choque frontal con la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003, que resultará de aplicación supletoria para el Sistema Arbitral de Consumo (art. 1 LA) y lo dispuesto en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero. La Ley de Arbitraje de 2003 ha optado por seguir el criterio de la su ley predecesora, dado que mantiene con carácter preferente el arbitraje en derecho (*v. gr.*, arts. 1.1. y 34.1 LA)<sup>450</sup>, salvo en dos supuestos:

---

<sup>450</sup> En este punto, hemos de señalar que no sucedía así en las normas de Arbitraje anteriores a la Ley de Arbitraje de 1988, puesto que el criterio general era que el arbitraje se desarrollara en derecho. Asimismo, hemos de señalar que el modelo en equidad por el que opta el legislador español es una excepción frente al Derecho comparado, que opta, con carácter general por el arbitraje en derecho (ap. VII, Preámbulo LA).

- Cuando exista pacto expreso de las partes, que prefieren optar por un arbitraje en equidad; y,
- Cuando se trate de un órgano unipersonal (*ex art. 15.1 LA*).

Mientras que el Real Decreto 231/2008 indica que el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho (art. 33.1 RDSAC). El empresario, en la oferta pública de adhesión expresará si opta por que el arbitraje se resuelva en derecho (art. 25.1, párraf. 2º). Si la empresa hubiera indicado que la decisión del arbitraje se lleve a cabo en derecho, caben dos posibilidades:

- Que el consumidor solicitante acepte expresamente el arbitraje en derecho, supuesto este en el que se admitirá sin más el arbitraje; o,
- Que el consumidor no haya indicado nada en la solicitud de arbitraje. En este supuesto se le dará traslado para que manifieste si acepta el arbitraje de derecho. Si no está de acuerdo, se da traslado de la solicitud de arbitraje en equidad, como si fuera dirigida a una empresa que no está adherida, para que esta manifieste si acepta someterse al arbitraje de equidad (art. 33.1).

La decisión del arbitraje en equidad salvo pacto en contra, va a conllevar que la mayoría de los laudos de consumo se resuelvan conforme al leal saber y entender de los árbitros. Si bien, aunque esta decisión no tiene por qué estar necesariamente motivada jurídicamente, nada impide que el enjuiciamiento valorativo que lleve a cabo el árbitro se realice conforme a las normas dictadas en el Derecho de consumo<sup>451</sup>; de tal modo que su laudo se apoye en las normas jurídicas aplicables y en las estipulaciones del contrato (*ex art. 33.2 RDSAC*). Ello no quiere decir que en el arbitraje en equidad siempre se tenga en cuenta la normativa vigente<sup>452</sup>.

---

<sup>451</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, *op. cit.*, p. 141. En el mismo sentido, CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Martín Muñoz y Hierro Anibarro, coord.), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 911 y 912; GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Disposición adicional única”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1489 y 1490. En cuanto a la jurisprudencia menor, las SSAP de Jaén (Sección 2ª), de 20 de enero de 2006 (JUR 2006, 116719); de Alicante (Sección 5ª), de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 116759); y, de Las Palmas (Sección 5ª), de 21 de marzo de 2007 (JUR 2007, 148605).

<sup>452</sup> *Vid.*, CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 49.

Para concluir, ha de indicarse que el laudo deberá estar motivado, sea el arbitraje en derecho o en equidad, variando la motivación según el tipo de arbitraje del que se trate. El laudo arbitral que resuelva un arbitraje en derecho deberá contener tanto los fundamentos de hecho como los jurídicos, en tanto que el laudo que resuelva en equidad deberá contener los fundamentos de hecho y, aunque no necesariamente los fundamentos jurídicos, sí deberá contener las razones que llevan al árbitro a adoptar esa solución.

## **1.4. El procedimiento arbitral**

### **1.4.1. El procedimiento ordinario**

El procedimiento arbitral de consumo ordinario es el que se inicia por la reclamación individual del consumidor dirigida contra la empresa o profesional con la finalidad de resolver un conflicto derivado de una relación jurídica de consumo.

El Real Decreto 231/2008 señala que el procedimiento arbitral deberá llevarse a cabo sin formalidades especiales, y de acuerdo con los principios de audiencia, contradicción, igualdad y gratuidad (art. 24)<sup>453</sup>.

En todo procedimiento arbitral podemos distinguir dos grandes fases: una primera fase inicial o preparatoria que se lleva a cabo ante la Junta Arbitral de Consumo competente; y, una segunda fase, que es propiamente el arbitraje, que se lleva a cabo ante el árbitro o colegio arbitral que dictará el laudo<sup>454</sup>.

La fase inicial o preparatoria del procedimiento engloba todos los trámites relativos a la presentación de la solicitud de arbitraje del consumidor o usuario, a la admisión o inadmisión de la solicitud, teniendo en cuenta las materias que son susceptibles de someterse a arbitraje de consumo, al intento de la mediación previa y a la designación del

---

<sup>453</sup> En cuanto a los principios del procedimiento arbitral, entendemos que deben regir estos, más los que señala la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Para un mayor abundamiento sobre estos principios, *vid.*, en el Capítulo primero, el apartado relativo los “Principios proyectados en las entidades, en los procedimientos extrajudiciales y en las partes”. En él, hemos señalado en genérico, todos los principios y requisitos que deben cumplir las entidades encargadas de llevar a cabo los procedimientos extrajudiciales (en este caso, las Juntas Arbitrales de Consumo), los principios que rigen los procedimientos extrajudiciales (en este caso, el procedimiento arbitral), así como los principios que se garantizan a las partes durante la tramitación de los procedimientos.

<sup>454</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, p. 144.

árbitro o colegio arbitral, para el que se tendrá en cuenta el criterio de competencia territorial.

El procedimiento arbitral ordinario se iniciará por los consumidores o usuarios que entiendan que han visto vulnerados sus derechos reconocidos. Esta solicitud puede presentarse, bien por escrito<sup>455</sup>, a través de las formas convencionales, o bien por los medios telemáticos, conforme al Capítulo V, que regula el arbitraje de consumo electrónico<sup>456</sup> o, por cualquier otro medio que permita tener constancia de la autenticidad y de la solicitud de arbitraje (art. 34).

En ella, el consumidor deberá indicar una serie de datos:

- En primer lugar, todos los datos relativos a su identificación, el lugar donde quiere recibir las notificaciones, o si actúa bajo su representante, entre otros datos;
- En segundo lugar, los datos de la empresa o profesional contra la que dirige la reclamación, su identificación o razón social. Si conociera los datos, el domicilio a efectos de notificaciones, y si no los conociera, cualquier otro dato que permita identificar a la empresa o profesional reclamada;
- En tercer lugar, una breve descripción del supuesto de hecho que motiva la reclamación, determinado, en su caso, la cantidad que reclama y los fundamentos en los que basa su petición;
- En cuarto lugar, en su caso, si lo hubiera, una copia del convenio arbitral;
- En quinto lugar, si existiera una oferta pública de adhesión al arbitraje en derecho, el consumidor reclamante podrá expresar su consentimiento para que el arbitraje de consumo se lleve a cabo de esta manera; y,
- En sexto lugar, el lugar de presentación, la fecha y la firma, convencional o electrónica.

Para facilitar la tramitación de las solicitudes, las Juntas Arbitrales de Consumo dispondrán de impresos normalizados para facilitar, la solicitud del consumidor y la

---

<sup>455</sup> Cuando el consumidor opte por presentar la reclamación por escrito, deberá presentarla junto con la documentación que la acompañe por duplicado (*ex art. 34.1 RDSAC*).

<sup>456</sup> Para un mayor abundamiento sobre la tramitación de este arbitraje, *vid.*, BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, pp. 150-152.

contestación de la empresa, así como la aceptación del arbitraje, cuando se trate de una empresa no adherida al Sistema Arbitral de Consumo (art. 33.4).

Simultáneamente a la solicitud cursada, el consumidor podrá aportar o proponer las pruebas pertinentes de las que intenten valerse (art. 34.3). Si la solicitud no reuniera los requisitos que hemos señalado anteriormente, el secretario de la Junta Arbitral de Consumo competente requerirá al consumidor reclamante, para que en el plazo de 15 días subsane la solicitud, informándole de que, si no lo hace en plazo, se le tendrá por desistida la solicitud y se procederá al archivo de la misma. Si la subsanación viene referida a que el consumidor no ha expresado la conformidad para que el arbitraje se resuelva en derecho, se le dará traslado para que muestre si desea aceptarlo; si no lo hace, la solicitud se trata como si se dirigiera contra una empresa que no está adherida al Sistema Arbitral de Consumo (art. 34.2.).

Admitida la solicitud de arbitraje, la Junta Arbitral de Consumo verificará la existencia y la validez del convenio arbitral, procediendo el presidente de la Junta, en su caso, a la designación del árbitro o colegio arbitral competente que conocerá del conflicto, dando traslado de su notificación a las partes.

Puede suceder, en cambio, que no conste la existencia del convenio arbitral previo, o existiendo, que este no sea válido, en el plazo más breve posible se dará traslado de la solicitud a la empresa reclamada, haciendo constar que aquella ha sido admitida a trámite, concediéndole un plazo de 15 días para que acepte el arbitraje y la mediación previa, cuando proceda, así como para que, en su caso, conteste la solicitud y formule las alegaciones pertinentes para hacer valer su derecho y, en su caso, aporte los documentos pertinentes o proponga las pruebas de las que intente valerse.

Trascurrido el plazo sin que el reclamado acepte el arbitraje, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de la solicitud; pero, si la empresa reclamada contesta aceptando el arbitraje, se entenderá que se ha iniciado el procedimiento arbitral en la fecha en la que la Junta Arbitral de Consumo haya tenido constancia de la entrada de la aceptación, debiendo dictar el presidente un acuerdo expreso de iniciación del procedimiento arbitral [art. 37.3, letra *b*), párraf. 3º]. Es importante que se haga constar esta fecha, pues ha de tenerse en cuenta que va a empezar a contabilizarse el plazo para



dictar el laudo, entendiéndose que este se inició desde que hubiera constancia de la aceptación en la Junta Arbitral de Consumo. En la notificación al consumidor reclamante del acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral se hará constar expresamente la admisión a trámite de la reclamación, así como la invitación a la mediación previa, si es que no consta realizado este trámite<sup>457</sup>.

Lógicamente, la notificación y de la admisión de la solicitud de arbitraje al consumidor y, en su caso, la invitación a la mediación previa tendrá lugar, si el presidente, previamente, no observara causas de inadmisión a trámite de las solicitudes arbitraje<sup>458</sup>. Si se diera la inadmisión a trámite, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo dictará una resolución en el plazo de 21 días naturales<sup>459</sup> a contar, desde el día siguiente de la recepción en la Junta Arbitral de Consumo competente de la solicitud o de su subsanación. En caso contrario, se intentará la mediación para que las partes alcancen un acuerdo, salvo que expresamente se opongan. Si lo intentan sin efecto, o si se opuso a la mediación, se procederá a la designación de los árbitros y, en su caso, a la acumulación de procedimientos; siendo este el momento procesal oportuno para que el presidente de la Junta Arbitral de consumo acuerde la acumulación de solicitudes presentadas frente a una misma empresa reclamada, por concurrencia de identidad objetiva, para que estas reclamaciones sean resueltas en un único procedimiento arbitral por el órgano arbitral designado al efecto (art. 39).

Acordada la acumulación por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, se requerirá a las empresas o profesionales contra las que se ha acordado la acumulación, para que en el plazo de 15 días acepten someter al arbitraje de consumo colectivo las solicitudes y, en su caso, para que propongan un acuerdo conciliatorio total o parciales para los consumidores potencialmente afectados. Si las empresas o profesionales reclamantes no aceptan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo en un único

---

<sup>457</sup> Este artículo 37.3, letra *b*) del Real Decreto 21/2008 es fruto de la modificación operada por la Disposición final sexta (uno) de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

<sup>458</sup> El presidente de la Junta Arbitral puede acordar la inadmisión a trámite de las solicitudes de arbitraje, cuando resulten infundadas o no aprecie afectación de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios (art. 35.1), o cuando no versen sobre materias susceptibles de arbitrabilidad. De hecho, la resolución que eventualmente dicte el presidente sobre la inadmisión, salvo que no sea impugnada por el reclamado, o por el reclamante si se trata de la oposición a la admisión, la resolución por la que se inadmita la solicitud pondrá fin a la vía administrativa (*ex* art. 35).

<sup>459</sup> Este plazo viene a acortarse de 30 días a 21 días naturales, a través la Disposición final sexta (uno) de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que modificó el apartado 4º del artículo 37 del Real Decreto 231/2008.

procedimiento, se procederá al archivo de las actuaciones del procedimiento colectivo, dando traslado a todas las Juntas Arbitrales de Consumo, así como a quien inicio el procedimiento colectivo (art. 58).

Dejando aparcado momentáneamente el procedimiento arbitral de consumo colectivo, porque será objeto de estudio en el próximo apartado, ha de indicarse que si en este momento no se produce la acumulación de las solicitudes, el procedimiento sigue sustanciándose por los trámites del procedimiento arbitral ordinario, habiendo finalizado la fase preparatoria con la designación del árbitro o colegio arbitral, y dando comienzo el procedimiento arbitral en sentido estricto.

Así pues, designado el árbitro o constituido el colegio arbitral, se procede a la continuación del procedimiento arbitral, que puede variar en función de que se trate de un arbitraje de consumo sectorial o especializado (art. 40.1). Si se diera el arbitraje especializado que, dada su naturaleza requiere la inmediatez en el procedimiento, se convocará a las partes a una audiencia. Si no se trata de un arbitraje especializado, el órgano arbitral podrá instar a las partes a una “conciliación” (art. 42.1). Supuesto este que, si se diera, conlleva la puesta a disposición a las partes de toda la documentación y las pruebas que estas aportasen para que el árbitro o colegio arbitral fundamente en el laudo. Ello no quiere decir que el laudo conciliatorio que derive de esta “conciliación” tenga los efectos de un acto de conciliación en sentido estricto, al contrario, tendrá los mismos efectos que un laudo arbitral “ordinario”, considerando que esta es una forma anormal de terminación del procedimiento arbitral.

Antes de que finalice el trámite de audiencia, se les concede a las partes la posibilidad de modificar o ampliar la solicitud, así como la contestación, es en este momento en el que la empresa reclamante puede plantear la reconvención contra el consumidor reclamante. Planteada la reconvención, los árbitros podrán inadmitirla si versa sobre una materia no susceptible de ser sometida a arbitraje de consumo, o si las pretensiones no fueran conexas a las pretensiones que contengan la solicitud de arbitraje del consumidor. Por el contrario, si se admite la reconvención, se concederá al consumidor un plazo de 15 días para que presente alegaciones y, en su caso proponga prueba, retrasándose, si es preciso, la audiencia prevista (*ex art. 43.3 RDSAC*).

La audiencia a las partes podrá ser por escrito —utilizando la firma convencional o electrónica—, u oral, y podrá hacerse presencialmente o a través de otros medios técnicos que permitan la identificación y comunicación directa de los comparecientes. De esta audiencia, el secretario levantará acta, que será firmada por el secretario del órgano arbitral (art. 44).

A continuación, el órgano arbitral resolverá sobre la aceptación o el rechazo de las pruebas propuestas por las partes, pudiendo el árbitro o colegio arbitral proponer la práctica de pruebas complementarias que se consideren imprescindibles para la solución del conflicto. En principio, serán admisibles como pruebas, los medios de reproducción de palabra, el sonido, la imagen u otros instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras, u otras operaciones relevantes para el procedimiento arbitral.

La práctica de la prueba estará regida por los principios de audiencia y contradicción, debiendo notificarse a las partes el acuerdo del órgano arbitral sobre la práctica de la prueba, expresando en él, la fecha, la hora y el lugar de celebración, convocando a las partes a la práctica de aquellas pruebas en las que sea posible su presencia (art. 45.3).

En cuanto a los gastos que deriven de la práctica de las pruebas practicadas a instancia de parte, deberán ser sufragados por la parte que las haya propuesto y las comunes por mitad, en tanto que las pruebas propuestas de oficio se sufragarán por la Junta Arbitral de Consumo o por la Administración de la que dependa, en función de su disponibilidad presupuestaria. Ello, teniendo en cuenta que, si el órgano arbitral apreciara mala fe o temeridad en el laudo, podrá distribuir los gastos ocasionados por la práctica de las pruebas en distinta forma entre las partes.

La falta de comparecencia de las partes, la no contestación, la inactividad o incomparecencia injustificada durante la tramitación del procedimiento arbitral, no impedirá que se dicte un laudo, ni que este sea privado de su eficacia, siempre que el órgano arbitral pueda decidir sobre la resolución del conflicto con los hechos y documentos que consten en la solicitud y, en su caso, en la contestación, si esta se ha producido. El silencio, la inactividad o la incomparecencia de aquellas no se considerará como allanamiento o admisión de los hechos por la parte contraria.

Cuando el órgano arbitral este compuesto por tres árbitros, el laudo arbitral o cualquier acuerdo o resolución, se adoptará por mayoría. Si esta mayoría no se diera, tiene voto de calidad el presidente (art. 47).

Normalmente, el procedimiento arbitral finaliza con la emisión de un laudo que deberá ser motivado, pero puede también terminar con un laudo conciliatorio o acuerdo al que hemos hecho referencia en las líneas precedentes. Así pues, pasamos a analizar las distintas formas de terminación del procedimiento arbitral, que pueden ser la siguientes:

- El procedimiento arbitral puede finalizar con la emisión de un laudo arbitral, este deberá estar motivado conforme a lo que resulte de la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje de 2003 (art. 48.1);
- Puede finalizar si durante la sustanciación de las actuaciones las partes llegan a un acuerdo total o parcial. Si es parcial, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los acuerdos que se hayan adoptado, incorporando al laudo, los acuerdos adoptados por las partes, salvo que tenga motivos para oponerse a alguno de ellos (art. 48.2); o,
- También puede suceder que el órgano arbitral dé por finalizadas sus actuaciones y dicte un laudo que ponga fin al procedimiento arbitral sin entrar en el fondo del asunto. Esta puede darse en 3 supuestos: (i) cuando el consumidor reclamante no concrete la pretensión o no aporte los elementos necesarios para el conocimiento del conflicto (ii) cuando las partes acuerden la finalización del procedimiento arbitral; y (iii) cuando el órgano arbitral compruebe que resulta imposible la continuación de las actuaciones (*ex art. 48.3*).

En lo que respecta al plazo para laudar y notificar a las partes, ha de decirse que va a variar en función del tipo de laudo que se dicte:

- Si se trata de un laudo “ordinario” (laudo contradictorio) o del laudo que pone fin al procedimiento arbitral sin entrar en el fondo del asunto, se señala un plazo de 90 días naturales (3 meses), a contar desde que se acordará el inicio del procedimiento, pudiendo prorrogarse aquel por un plazo que no podrá superar el plazo previsto para la resolución del conflicto, es decir, por 90 días más. Esta prórroga está

prevista en los supuestos en los que el caso resulte de especial complejidad, y deberá estar motivada por el órgano arbitral<sup>460</sup>;

- Si las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio total, el plazo para dictar el laudo conciliatorio será de 15 días desde la adopción del acuerdo.

Las notificaciones de las actuaciones arbitrales a las partes, entre las que se incluye la notificación del laudo, deberán hacerse conforme a lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 50 RDSAC).

### **1.4.2. El arbitraje de consumo colectivo**

Como hemos señalado en las líneas anteriores, el Real Decreto 231/2008 regula un arbitraje de consumo colectivo de carácter voluntario para las partes que tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral, los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de estos (art. 56 RDSAC)<sup>461</sup>.

Hemos de partir el estudio de este arbitraje, indicando que el primer problema que plantea es determinar ante qué tipo de arbitraje nos encontramos. Este arbitraje, que puede considerarse especial en el marco del Real Decreto 231/2008, puede catalogarse de “ordinario”<sup>462</sup>. Y es que, si ya resulta compleja la regulación de las acciones colectivas en sede judicial, más compleja resulta, si cabe, la regulación de las acciones colectivas en sede arbitral, pues lamentablemente debemos decir que en este tipo de arbitraje, no se ejercita una acción colectiva tal y como se entiende en el ordenamiento jurídico español

---

<sup>460</sup> Este artículo 49.1 del Real Decreto 231/2008 es fruto de la modificación operada por la Disposición final sexta (dos) de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

<sup>461</sup> En este sentido, hemos de señalar los numerosos intentos de las instituciones europeas para la implementación de las acciones colectivas en materia extrajudicial, como han sido, entre otros, la propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación, de abril de 2018, que toma en cuenta la Directiva 2013/11/UE, en el sentido de alentar a los Estados miembros para que garanticen la disponibilidad de procedimientos de resolución alternativa de conflictos de carácter colectivo; o, la Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

<sup>462</sup> Debemos especificar que el arbitraje de consumo es también un arbitraje especial —como señalamos anteriormente—, si bien, hacemos referencia al término “ordinario” para diferenciar el procedimiento arbitral de carácter individual, del procedimiento arbitral de carácter colectivo.

el ejercicio de acciones colectivas en sede judicial, y menos aún en un arbitraje, teniendo en cuenta que es un equivalente jurisdiccional.

Equivalente que impide ciertos controles por parte del juez, necesarios en este tipo de procesos de gran complejidad. Esta situación tendrá como consecuencia que hoy en día la tutela de los conflictos colectivos sea ejercitable exclusivamente en sede judicial o, en su caso, en vía administrativa, sin perjuicio de que, *de lege ferenda*, pueda preverse en sede extrajudicial, pero para ello sería necesario realizar modificaciones sustanciales. Modificaciones, que no solo afectarían a las normas relativas a la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, sino también a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

### A) Naturaleza jurídica

Hemos señalado, a grandes rasgos, que en el arbitraje de consumo colectivo no se ejercita una verdadera acción colectiva en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, por lo que pasamos a delimitar pormenorizadamente los motivos que, a nuestro juicio, fundamentan nuestra posición:

- En primer término, no se pueden ejercitar acciones colectivas en sede arbitral, porque no es trasladable el régimen jurídico que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento para las acciones colectivas en sede judicial<sup>463</sup>; y ello, porque en sede arbitral lo que se ejercitan son varias acciones frente a un mismo empresario o profesional, de suerte que nos encontramos ante una acumulación de acciones o suma de procedimientos en los que concurre identidad objetiva, que se tramitan en un único procedimiento arbitral, ante la misma Junta Arbitral de Consumo, que impone una solución unificada para el conjunto de consumidores afectados por un interés plural<sup>464</sup>, salvo que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio durante la tramitación del procedimiento; y,

---

<sup>463</sup> Para un estudio sobre la acumulación de acciones en sede judicial en los supuestos de cláusulas abusivas *vid.*, MORENO GARCÍA, L., “Acciones ejercitables y acumulación de acciones en materia de cláusulas abusivas”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 387.

<sup>464</sup> *V. gr.*, en este sentido, Montero Aroca distingue entre un interés plural —que es la suma de varios intereses individuales y que se recoge en términos procesales en el ámbito de la acumulación—, del interés colectivo o difuso, que constituye un supuesto de legitimación extraordinaria, como, por ejemplo, el de una

— En segundo término, porque la intervención de la asociación de consumidores y usuarios en el arbitraje colectivo es posible conforme al artículo 58.1 del Real Decreto 231/2008<sup>465</sup>, pero no constituye un supuesto de legitimación extraordinaria conforme a lo que establece el artículo 11, apartado 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el proceso civil, habida cuenta de que su intervención consiste en poner en conocimiento de la Junta Arbitral de Consumo competente, la afectación de los intereses colectivos de los consumidores<sup>466</sup>, esto es, que hay varias reclamaciones individuales en las que concurren identidad en el objeto<sup>467</sup>. Y es que, se trata de un supuesto en el que la asociación de consumidores, más que ejercitar acciones, está poniendo en práctica su función representativa al inicio del procedimiento, trasladando a la Junta Arbitral de Consumo la información sobre la existencia de varias reclamaciones individuales, pidiendo la apertura del procedimiento arbitral colectivo<sup>468</sup>.

En este sentido, debemos recordar que existen dos tipos de intereses: de un lado, los intereses pluriindividuales; y, de otro, los intereses supraindividuales, sean colectivos o difusos. En el caso del arbitraje colectivo, lo que se tutelan son intereses pluriindividuales, que no supraindividuales, sean colectivos o difusos. Dicho de otra manera, se trata de una suerte de acumulación individual de derechos e intereses individuales, pues ha de tratarse de consumidores determinados o de fácil determinación, en tanto que en este arbitraje, no cabe la posibilidad de tutelar derechos e intereses de los consumidores cuando estos sean indivisibles o cuando se trate de consumidores indeterminados o de fácil determinación.

---

asociación de consumidores y usuarios. *Vid.*, MONTERO AROCA, J., *La legitimación extraordinaria en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 62-70; BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, *op. cit.*, p. 153; y, en parecidos términos, *vid.*, MONTESINOS GARCÍA, A., “¿Es posible la interposición de acciones colectivas en un arbitraje?”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 439.

<sup>465</sup> Este artículo señala que: «*las actuaciones se iniciarán por acuerdo del presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial*» (art. 58.1 RDSAC *sic*).

<sup>466</sup> De hecho —*ex. art. 58*—, el inicio de las actuaciones también puede iniciarse de oficio, por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente.

<sup>467</sup> En el mismo sentido, BONACHERA VILLEGAS, R., “El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo”, en *Diario La Ley*, núm. 7045, 2008, p. 6; BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, p. 155; CUBILLO LÓPEZ, I., “El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores”, en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, (Cubillo López, coord.), Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 344; y, MONTESINOS GARCÍA, A., *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>468</sup> DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “Arbitrajes especiales y arbitrajes «especialísimos». Especial referencia al arbitraje de consumo colectivo”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021, p. 26.

A mayor abundamiento, se trata de una legitimación directa, dado que la legitimación de la asociación se limita a la representación del colectivo de consumidores determinados individualmente, que previamente hayan instado la solicitud de arbitraje, bien a la Junta Arbitral de Consumo competente, por sí mismos, bien a instancia de la asociación de consumidores. No cabe, por tanto, una legitimación extraordinaria de la asociación, que se produce cuando se trata de la defensa de intereses difusos de los consumidores. Supuesto este último en el que se le atribuiría la legitimación por sustitución y en exclusiva a las asociaciones de consumidores más representativas (*ex art. 11.3 LEC*).

De ahí, que el arbitraje colectivo se refiera a consumidores perfectamente determinados. Dicho lo cual, cabe plantearse dos cuestiones: por un lado, qué asociaciones de consumidores pueden instar el arbitraje de consumo colectivo; y, por otro, si están también legitimadas otras entidades habilitadas u sujetos, como el grupo de consumidores, cuando constituyan la mayoría de afectados o, incluso, el Ministerio Fiscal.

El Real Decreto 231/2008, solo atribuye legitimación «(...) a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores (...)», por lo que podemos concluir que se restringe la legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas, esto es, las que señala el apartado 3º del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el ejercicio de acciones en defensa de los intereses difusos de los consumidores.

En este sentido, entendemos que se refiere a las asociaciones de consumidores y usuarios a las que hacer referencia el artículo 24.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, esto es, que las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas son las que forman 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<sup>469</sup>.

---

<sup>469</sup> En este sentido, MONTESINOS GARCÍA, A., *ibidem*, p. 168.



Asimismo, debemos plantearnos por qué el Real Decreto 231/2008, al regular la intervención de las asociaciones de consumidores en el procedimiento arbitral colectivo, exige que sean más representativas, cuando dicho plus de representación en el ejercicio de acciones colectivas judiciales solo se exige en defensa de los intereses difusos y no colectivos, habida cuenta de que ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios limitan para este mismo tipo o parecido de acciones el tipo de asociación. De hecho, ambas permiten que las asociaciones de consumidores y usuarios (sin precisar que tipología), los grupos de afectados, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas estén legitimadas para defender en juicio los intereses colectivos de los consumidores y usuarios determinados o determinables, en tanto que solo las asociaciones de consumidores más representativas y el Ministerio Fiscal estarán legitimados para defender en juicio los derechos e intereses difusos de los consumidores indeterminados o indeterminables.

A nuestro juicio, entendemos que el Real Decreto 231/2008 ha optado por las asociaciones más representativas por el ámbito territorial de conflicto. Ello no se traduce en que estas asociaciones estén legitimadas en el procedimiento arbitral, dada su función exclusiva de poner en conocimiento la existencia de varias reclamaciones individuales. Si bien, entendemos que la norma ha optado por aquellas y no por cualquier tipo de asociación, habida cuenta de que son las que más posibilidades tienen de conocer los conflictos que potencialmente puedan afectar a un mayor número de consumidores.

En lo que respecta a la segunda cuestión, parece que el legislador también excluye la posibilidad de que ostenten legitimación representativa de otras entidades habilitadas que no sean las asociaciones más representativas (*ex* artículo 24.2 RDSAC en relación con el artículo 11.3 LEC) para la defensa de los derechos e intereses difusos—. Ahora bien, a nuestro juicio, la literalidad del Real Decreto 231/2008 no es óbice para que el grupo de consumidores constituidos como la mayoría de los afectados pueda poner en conocimiento del presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente, las reclamaciones que individualmente hayan presentado.

Como tampoco es obstáculo para que el Ministerio Fiscal inste la solicitud de arbitraje colectivo en representación de los consumidores y usuarios, o ponga en conocimiento del presidente de la Junta Arbitral de Consumo las reclamaciones individuales. Sin embargo,

esta opción nos resulta cuanto menos extraña, pues entendemos que el Ministerio Fiscal, si ejercita la acción, lo lógico es que lo haga en sede judicial, pues en esta vía donde tendrá conocimiento de las reclamaciones individuales que interpongan los consumidores individualmente afectados.

## **B) El procedimiento arbitral colectivo**

*Inicio del procedimiento:* como hemos indicado, el procedimiento arbitral de consumo colectivo se inicia por acuerdo del presidente de la Junta arbitral de Consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones más representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación de los intereses colectivos de los consumidores o de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial (art. 58.1 RDSAC).

Adoptado el acuerdo de iniciación de las actuaciones, la Junta Arbitral requerirá a los empresas o profesionales responsables que hayan podido lesionar los derechos e intereses de los consumidores afectados, para que manifiesten si aceptan el inicio del arbitraje de consumo de colectivo motivado por tales hechos, debiendo responder en el plazo de 15 días desde la notificación y, en su caso, para que propongan un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los intereses de los consumidores afectados (art. 58.2).

En este sentido, entendemos que existe una doble adhesión, pues independientemente de que los empresarios o profesionales en cuestión estén adheridos al Sistema Arbitral de Consumo, pueden rechazar el ofrecimiento de resolver las reclamaciones individuales en un único procedimiento, supuesto en el que se procederá al archivo de las actuaciones del procedimiento colectivo, dando traslado a todas las Juntas Arbitrales de Consumo ante las cuales se estuviesen tramitando las solicitudes individuales de consumo y, en su caso, a quién instó la iniciación del procedimiento arbitral colectivo<sup>470</sup>, continuando dichas reclamaciones por separado.

---

<sup>470</sup> La situación que exponemos difiere considerablemente de lo que sucede en el ejercicio de acciones colectivas en sede judicial, dado que el arbitraje de consumo colectivo tendrá que ser aceptado expresamente por el empresario en cuestión, en tanto que en sede judicial lo único que puede hacer el empresario o profesional demandado, es alegar la falta de legitimación activa del demandante que ejercita la acción colectiva.

Por lo que se refiere a la posibilidad de poner fin al arbitraje por acuerdo de las partes, el término «*acuerdo conciliatorio*» nos plantea algunas dudas; teniendo en cuenta que el eventual acuerdo al que lleguen las partes será incorporado al laudo arbitral, hubiera sido preferible la denominación de acuerdo arbitral, en tanto que tiene los mismos efectos que un laudo arbitral “ordinario”, sin que quepa asimilarlo a una conciliación.

En el supuesto de que los consumidores potencialmente afectados acepten ese acuerdo, el plazo para laudar será de 15 días desde que se adoptará el acuerdo (*ex art 49 RDSAC*). Y, en este aspecto, entendemos que —al igual que podía suceder en el procedimiento arbitral ordinario— se produce la terminación anormal del procedimiento arbitral<sup>471</sup>.

Por otra parte, el Real Decreto no ha señalado la posibilidad de invitar a las partes a mediar, tal y como lo hace en relación al procedimiento ordinario. A falta de previsión expresa en la norma, entendemos que no es descartable la mediación en este procedimiento. Y si se diera, tendría la consideración de una mediación previa en el procedimiento arbitral. Teniendo en cuenta que la mediación se daría dentro del procedimiento arbitral colectivo, entendemos que se daría una mediación “colectiva”, que supondría, asimismo, la terminación anormal del procedimiento, de llegarse a un acuerdo.

Acuerdo que podría recogerse en el “laudo conciliatorio” o en un acta de mediación, en atención al principio de autonomía de la voluntad de las partes, serán las partes las que decidan qué eficacia dispensar al acuerdo logrado, si quieren que tenga los efectos de un laudo arbitral, constituyendo título ejecutivo, o bien de un acuerdo de mediación, en cuyo caso, para que tenga fuerza ejecutiva deberán elevar el acuerdo a escritura pública (*ex art. 517.2. 2º LEC*)<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> A este laudo conciliatorio le será de aplicación supletoria el artículo 36 de la Ley de Arbitraje: «*Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes*» (art. 36 LA).

<sup>472</sup> De admitirse esta posibilidad, la mediación colectiva no cerraría la posibilidad a las partes de acudir a la vía judicial, en tanto que el laudo colectivo si la cerraría, pues solo podría impugnarse por los motivos tasados que señala el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, siendo necesario que aquellos sean alegados y probados, que son: Los motivos de impugnación, *numerus clausus*, son los siguientes: «*El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (i) Que el convenio arbitral no existe o no es válido; (ii) Que no ha sido debidamente notificada de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; (iii) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; (iv) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera*

*El llamamiento a los consumidores afectados:* aceptada la adhesión del empresario al Sistema Arbitral de Consumo para que se lleve a cabo el arbitraje consumo colectivo, se procederá al llamamiento de los consumidores afectados para que hagan valer sus derechos e intereses individuales. Llamamiento, que se llevará a cabo mediante la publicación de un anuncio en el Diario Oficial que corresponda según el ámbito territorial de conflicto, pudiendo el presidente de la Junta Arbitral acordar otros medios para dar publicidad al llamamiento (art. 59.1 RDSAC).

El llamamiento a los consumidores afectados deberá realizarse por un plazo de 2 meses, debiendo contener el anuncio los siguientes datos: el acuerdo de iniciación de las actuaciones del presidente, la indicación del lugar en el que los interesados podrán tener acceso, en caso de que se adopte la propuesta del acuerdo conciliatorio realizada por las empresas o profesionales, así como la advertencia de que las solicitudes de acumulación de arbitraje de los consumidores presentadas transcurridas el período de 2 meses desde el llamamiento, solo serán admitidas cuando la presentación sea anterior a la fecha prevista para la audiencia. La admisión de estas solicitudes no retrotraerá las actuaciones, pudiendo intervenir el consumidor en todos los trámites posteriores a dicha admisión (art. 61).

Efectuado el llamamiento, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo procederá a la designación del árbitro o colegio arbitral (art. 59.3).

*La suspensión de la tramitación de los arbitrajes individuales y el carácter preferente del arbitraje colectivo:* la notificación de la aceptación por parte de las empresas o

---

*contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; (v) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; (vi), y, que el laudo es contrario al orden público».*

Y, aun cabiendo la impugnación del laudo arbitral solo por esos motivos y no por otros, debemos señalar que no están claramente definidos por nuestras normas. Sucede, por ejemplo, con el «orden público», concepto al que no cabe recurrir siempre para declarar la nulidad del laudo amparándose en él. Muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021, en la que se estima un recurso de amparo dictado contra dos sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que anulan un laudo arbitral, ignorando los límites propios de la acción de anulación del laudo, convirtiéndolo en un “recurso ordinario”. En este sentido, el Tribunal Constitucional indica que: «*el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho (...). El órgano judicial no es una segunda instancia de los hechos y los derechos ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público*» [STC (Sala 1ª), núm. 17/2021, de 15 de febrero (núm. de recurso: 3956/2018)].

profesionales del arbitraje colectivo las reclamaciones individuales de los consumidores, tiene como efecto la suspensión de la tramitación de las solicitudes individuales que traigan causa, salvo que se hayan iniciado las actuaciones ante el órgano arbitral, en cuyo caso se dará traslado a la Junta Arbitral competente para conocer del arbitraje colectivo, en el plazo de 15 días desde la notificación de la aceptación.

El acuerdo de suspensión y traslado a la Junta Arbitral competente deberá notificarse al reclamante y al reclamado, si ya se le hubiera trasladado la solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral de Consumo competente conforme a las reglas de determinación de la competencia territorial (art. 60.1, párraf. 2º, en relación con el artículo 37.1 RDSAC).

Opuesta por el reclamado, en cualquier momento del procedimiento incluida la audiencia, la excepción de estar tramitándose un arbitraje colectivo, el órgano arbitral se inhibirá de su conocimiento y dará traslado a la Junta Arbitral de Consumo competente para conocerlo, dando por finalizadas las actuaciones (art. 60.2 RSAC).

*Las solicitudes de arbitraje presentadas después del plazo de llamamiento:* las solicitudes de arbitraje de los consumidores que se presenten transcurrido el plazo de 2 meses desde la publicación del llamamiento, solo serán presentadas antes de la fecha prevista para la audiencia. La admisión de aquellas solicitudes no conllevará la retroacción de las actuaciones que ya se hubieran llevado a cabo, pudiendo intervenir el consumidor o usuario en todos los trámites posteriores a la admisión. La competencia para resolver sobre la admisión de las solicitudes que se lleve a cabo con posterioridad a la fecha del llamamiento, corresponderá al órgano arbitral que esté conociendo del procedimiento arbitral colectivo (*ex art. 61 RDSAC*).

El plazo para dictar el laudo es el mismo que el previsto para el procedimiento arbitral ordinario, pero en el procedimiento colectivo el plazo para laudar comenzará a transcurrir desde la publicación del llamamiento de los afectados en el Diario Oficial que corresponda o, en su caso, desde la publicación del llamamiento de los afectados a través del medio que se lleve a cabo.

## 1.5. La tutela cautelar

Ha de comenzarse indicando, que la adopción de medidas cautelares por los árbitros viene siendo una materia muy discutida en la doctrina y en la jurisprudencia, hasta la entrada en vigor de la ya derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje<sup>473</sup>. Esta norma supuso un gran avance en lo que respecta a la adopción de medidas cautelares *ante causam* y a la atribución de la competencia a los árbitros para la adopción de medidas cautelares<sup>474</sup>.

A pesar de la ausencia de regulación de la tutela cautelar en el Real Decreto 213/2008, esta facultad ha sido recogida en la Ley de Arbitraje de 2003, que atribuye la competencia a los árbitros y a los jueces.

Para la adopción judicial de la medida cautelar será competente el tribunal del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado, y en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un procedimiento arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será competente el del lugar en el que laudo deba ser ejecutado y, en defecto de este, el del lugar donde las medidas deban desplegar sus efectos, teniendo el mismo tratamiento cuando el proceso se esté tramitando ante un tribunal extranjero, salvo que los tratados prevean otra cosa (art. 8.3 LA en relación con el artículo 724 LEC).

Asimismo, el artículo 11.3 de la Ley de Arbitraje de 2003 señala que el convenio arbitral no impide a las partes con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar del tribunal competente la adopción de medidas cautelares.

En lo que respecta a la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares, entendemos que sí es posible, salvo acuerdo en contrario de las partes. La solicitud de la tutela cautelar puede instarse por cualquiera de ellas, pudiendo los árbitros exigir caución suficiente a la parte que las solicite (art. 23).

---

<sup>473</sup> BOE, núm. 293, de 7 de diciembre de 1988.

<sup>474</sup> También supuso un gran avance en esta materia la actividad de la CNUDMI (UNCITRAL). Para un mayor abundamiento sobre la importancia la UNCITRAL, *vid.*, BARONA VILAR, “Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2004, p. 1032.

Habida cuenta de que ni la Ley de Arbitraje ni el Real Decreto 231/2008, limitan la posibilidad de adoptar medidas cautelares entendemos que pueden solicitarse en cualquier arbitraje, sea en derecho o en equidad.

De ahí que consideremos pertinente que se exigiera la titulación en Derecho en ambos tipos de arbitrajes, siendo conocedores de que el arbitraje de consumo se desarrolla preferentemente en equidad y la necesaria especialización que se requiere en esta materia.

*La eficacia del laudo arbitral colectivo:* el Real Decreto 231/2008 no especifica si el laudo arbitral colectivo tiene eficacia sobre todos los consumidores afectados por un mismo hecho dañoso, o solo a los que han sido parte en el procedimiento arbitral colectivo. A falta de una regulación expresa, entendemos que los que no se hayan adherido al procedimiento, les quedará la posibilidad de iniciar una reclamación individual por los mismos hechos, sea en sede judicial o arbitral.

De hecho, aquella norma no es óbice para que los consumidores interesados que no hayan sido parte en el arbitraje colectivo se adhieran posteriormente al mismo. En este sentido, consideramos importante hacer mención del modelo arbitral implantado en otros países, como es el caso del arbitraje de clase o la *Class Arbitration*, en Estados Unidos<sup>475</sup>. El modelo seguido por Estados Unidos ha permitido exportar las acciones de clase en sede judicial, a las acciones colectivas en sede arbitral.

La *Class Arbitration* está basada en el modelo *opt out*, esto es, arbitrajes en los que es posible que los consumidores y usuarios afectados por el mismo hecho dañoso, se desvinculen del laudo colectivo que ha sido previamente dictado, sin ser parte en el procedimiento arbitral. Frente a este modelo *opt out*, nos encontramos con el modelo *opt in*, que es precisamente el modelo que más se asemeja al arbitraje colectivo en nuestro ordenamiento jurídico, dado que el laudo solo afectará a los consumidores que hayan acudido al llamamiento, y no tendrá efectos de cosa juzgada frente a terceros que no se hayan personado en el procedimiento arbitral.

---

<sup>475</sup> Para un mayor abundamiento sobre el modelo de acciones colectivas en sede judicial, en Francia, *vid.*, AZAR-BAUD, M.J., “Acciones colectivas en Francia y la Unión Europea: diferencias con Argentina e Iberoamérica” en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 445-479.

Expuestos los modelos seguidos por otros países, entendemos necesario que, *de lege ferenda*, sería necesario que el Real Decreto 231/2008 se pronuncie sobre la eficacia que cabe dispensar al laudo arbitral dictado en el procedimiento colectivo<sup>476</sup>.

## 2. OTROS ARBITRAJES EN MATERIA DE CONSUMO

### 2.1. El arbitraje en materia de seguros

El arbitraje en materia de seguros se regulaba en el artículo 76, letra e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro<sup>477</sup>, añadido por el artículo 6 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación al derecho español de la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios sobre seguros distintos de los de vida y de armonización de los seguros privados y que, en la actualidad, ha sido recogido en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE.

En principio, esta norma responde a finalidades lícitas, cual es la protección de los consumidores y usuarios, considerados la parte débil de la relación de consumo. En virtud de ello, disponía una suerte de arbitraje obligatorio para las aseguradoras. Al tiempo que fomentaba el arbitraje como un método alternativo, rápido, sencillo y gratuito para el consumidor que lograría descargar a los órganos judiciales<sup>478</sup>. Concretamente el precepto señalaba lo siguiente:

*«El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada».*

Sin embargo, entendemos que la protección de los consumidores no es causa suficiente para imponer un arbitraje obligatorio a las aseguradoras, dado que posiblemente puede ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, al principio de

---

<sup>476</sup> Puede consultarse el capítulo que dedica la autora Ariza Colmenarejo al estudio de la ejecución de acciones colectivas en sede judicial en la Unión Europea. *Vid.*, ARIZA COLMENAREJO, M.J., “Ejecución de acciones colectivas en España y en la Unión Europea”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro (cuestiones actuales y perspectivas de futuro))*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 253-271.

<sup>477</sup> BOE, núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

<sup>478</sup> FJ 5º, letra b), STC (Pleno), núm.119/2014, de 16 de julio (núm. de recurso: 5603/2012). En similares términos el FJ 5º, letra c), STC (Pleno), 8/2015, de 22 de enero (núm. de recurso: 5610/2012); y, el FJ 6º, STC (Sala 1ª), núm. 217/1991 de 14 de noviembre (núm. de recurso: 1850/88).



exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE)<sup>479</sup>, porque la imposición de un arbitraje obligatorio supone la exclusión de que los jueces y tribunales se pronuncien sobre el fondo del asunto, salvo que se pueda probar que el laudo es nulo, fundamentándose en uno de los motivos *numerus clausus* que señala el artículo 41 de la Ley de Arbitraje de 2003, a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido es importante hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de enero de 2018, que señala lo siguiente:

*«(...) el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional de configuración legal al que el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada»<sup>480</sup>.*

Siendo el arbitraje un equivalente del proceso jurisdiccional y, por ende, un excluyente del derecho de acceso a la jurisdicción, consideramos que un cambio significativo en el régimen jurídico del arbitraje que depende exclusivamente de la voluntad del asegurado para el supuesto concreto del contrato de defensa jurídica en materia de arbitraje de seguros, puede implicar, por innecesario y desprovisto de racionalidad y proporcionalidad, una vulneración de este derecho fundamental.

Esta cuestión viene avalada por la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La cuestión que se plantea es precisamente, determinar si la regulación del arbitraje

---

<sup>479</sup> Así se establece en el FJ 3º de la STC (Pleno), núm. 174/1995 (cuestiones de inconstitucionalidad núms.: 2.112/91 y 2.368/95); y, en el FJ 2º de la STC (Sala 1ª), núm. 75/1996, de 30 de abril (núm. de recurso: 540/94), pues el control judicial del laudo «*excluye las cuestiones de fondo, ya que al estar tasadas las causas de revisión y limitarse estas a las garantías formales sin poder pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988) que, como tal, resulta insuficiente para entender el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE*».

<sup>480</sup> Por todas, FJ 3º de la STC (Sala 1ª), núm. 17/2008, de 31 de enero (núm. de recurso: 3323/2005). En el mismo sentido, en cuanto a la regulación de las tasas judiciales, la STC (Pleno), núm. 140/2016, de 21 de julio (núm. de recurso: 973/2013): «*el derecho de acceso a un tribunal no es un derecho absoluto, si no que puede comportar restricciones o establecer requisitos procesales proporcionados siempre que persigan un objetivo legítimo y no menoscaben dicho derecho en su esencia*». En parecidos términos, respecto al orden interno de distribución de competencias, la STC (Pleno), núm. 141/2016, de 21 de julio (núm. de recurso: núm. 4911/2013); y, en cuanto a la distribución horizontal de poderes que deriva de la Constitución Española, la STC (Pleno), núm. 1/2012, de 13 de enero (núm. de recurso: 71/2001).

obligatorio instaurado por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguros, es conforme a los preceptos constitucionales citados, toda vez que impone el arbitraje obligatorio para la aseguradora por la voluntad unilateral del asegurado.

## **2.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2018**

La cuestión de inconstitucionalidad a la que hemos hecho referencia dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de enero de 2018<sup>481</sup>, que vino a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 76, letra e) de la Ley de Contrato de Seguro.

Y no solo porque impone un obstáculo desproporcionado a los juzgados y tribunales para la aseguradora, sino porque, además, hace imposible el control judicial del laudo arbitral sobre el fondo del asunto, por lo que conllevará la exclusión total del conocimiento por parte de los jueces y tribunales. Declarada la inconstitucionalidad del precepto, deberá mediar consentimiento expreso para el sometimiento a arbitraje entre el asegurado/consumidor y la aseguradora, respecto a los conflictos que puedan surgir en lo que respecta a las condiciones del contrato de seguro<sup>482</sup>.

Pero la cuestión sometida al Tribunal Constitucional no estaba desprovista de complejidad jurídica, como lo demostraron la emisión de varios votos particulares disidentes<sup>483</sup>, en los que se expone que el contrato de seguro deriva de los denominados *contratos de adhesión*, y que en aras a equilibrar el desequilibrio del asegurado/consumidor que surge de las cláusulas generales no negociadas que se insertan en aquellos contratos, se justifica la imposición del arbitraje obligatorio como garantía y procedimiento eficaz que deben llevar a cabo los poderes públicos para garantizar la protección de los consumidores y usuarios<sup>484</sup>.

---

<sup>481</sup> STC (Pleno), núm. 1/2018, de 11 de enero (*cit.*).

<sup>482</sup> *Vid.*, SCHUMMAN BARRAGÁN, G., “Comentario a la STC 1/2018, de 11 de enero (Pleno), sobre la inconstitucionalidad del artículo 73.e) de la Ley del Contrato de Seguro”, en *Foro, Nueva época*, vol. 21, núm.1, 2018, pp. 395-420.

<sup>483</sup> En concreto, dio lugar a los votos particulares de los magistrados Don Juan Antonio Xiol Ríos y Don Antonio Narváez Rodríguez, al que se adhiere el magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho.

<sup>484</sup> Una minoría de la doctrina constitucional se ha mostrado proclive a la teoría del arbitraje obligatorio. Muestra de ello es la STC (Pleno), núm.11/1981, de 8 de abril, que establece la posibilidad de encontrarnos ante supuestos en que debe restringirse la libertad individual para proteger los intereses generales. Expresamente establece que «*la autonomía de la voluntad como máxima expresión de la libertad individual es un principio del derecho que preside la vida jurídica, pero no hay inconveniente para que, en ocasiones pueda presentar excepciones, siempre que la limitación de la libertad individual que supongan se encuentre*

En este sentido, ha de recordarse que la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, tampoco permite la imposición de un arbitraje obligatorio a los empresarios para aumentar la protección de los consumidores y usuarios; de ahí que el artículo 9 señale que ninguna de las partes tendrá la obligación de participar en un procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, salvo que una norma especial lo establezca.

De tal forma que el precepto deja abierta la posibilidad de que una norma especial imponga la obligación de participar en un procedimiento extrajudicial a las partes, pero, a renglón seguido, limita la imposición de estos procedimientos, pues excluye expresamente a aquellos que finalicen con una decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria. Y no excluye a todos los que finalicen con resultado vinculante, sino tan solo a los que impidan a las partes el acceso a la vía judicial, como es el caso de este arbitraje.

En este sentido, consideramos que cualquier disposición que impone un arbitraje obligatorio es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de exclusividad jurisdiccional, dado que excluye la posibilidad de que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto<sup>485</sup>.

---

*justificada. La justificación puede hallarse en el daño que el puro juego de voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, pueda irrogar a los intereses generales» (FJ 24º sic).*

<sup>485</sup> A favor de esta posibilidad también se posiciona Pérez Daudí, dado que aboga por la opción de imponer los ADR, se trate de mecanismos vinculantes o no vinculantes o de mecanismos de participación o no obligatoria, salvo que excluyan la revisión judicial del contenido de la resolución extrajudicial [Vid., PÉREZ DAUDÍ, V., “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *InDret*, 2019, p.26].

Barona Vilar, en cambio, ha señalado lo contrario: “convertir la mediación en obligatoria es perder la esencia de la misma (...), y hacer de ella un mecanismo forzoso refuerza su condena al fracaso y otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar” [BARONA VILAR, S., “La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés* (Blasco Gascó, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 245 y 246].

## **IV. PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA**

### **1. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL SECTOR FINANCIERO**

Como ya señalamos al inicio de este Capítulo, la Disposición adicional primera de la Ley 7/2017 hace referencia a las entidades de resolución alternativa en el sector financiero. Hemos de recordar que dicha ley regula el procedimiento para la acreditación de las entidades de resolución alternativa, y no los trámites procedimentales para la resolución alternativa de conflictos en sentido estricto, que serán regulados en las distintas normas sectoriales en la materia.

La Ley 7/2017 señaló la obligación de que fuera acreditada y notificada una entidad única que resolviera los conflictos entre los consumidores y las entidades financieras (DA 1ª, ap. 1). Al tiempo, el apartado 2 de la Disposición adicional, también señaló la obligación de que se remitiera un proyecto de ley que regulara el sistema institucional de protección del cliente financiero en el plazo de 8 meses, desde que entrar en vigor la esta norma.

Lamentablemente, no se han cumplido ninguna de las dos premisas que hemos señalado. En el listado de entidades acreditadas a la Unión Europea, puede constatarse que aún no existe una entidad acreditada para este tipo de reclamaciones, por lo que sigue en vigor el régimen transitorio previsto en el apartado 3º de la Disposición adicional primera.

De ahí que en el sector financiero continúe aplicándose el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. De tal forma que conocerán de las reclamaciones en el sector financiero según el tipo de reclamación, el servicio de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional

del Mercado de Valores o, en su caso, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones<sup>486</sup>.

Como es evidente, también se incumplió el plazo de 8 meses, aunque contamos con un proyecto de Ley de creación de la autoridad administrativa independiente del cliente financiero, de 7 de marzo de 2019<sup>487</sup>, pero este no llegó a aprobarse. Si bien, recientemente, la ministra Calviño ha prometido que esta autoridad estará creada para este año, según el Plan Anual Normativo para 2022<sup>488</sup>.

En tanto no fuera creada esta entidad única, el artículo 30.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, señala como entidades competentes para conocer de estas reclamaciones, a las mismas a las que le atribuye la competencia para acreditar en sus respectivos sectores, esto es, al Banco de España, a la Comisión Nacional de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Autoridades estas que sí aparecen en el listado de entidades acreditadas, siendo sus tres servicios de reclamaciones respectivamente los que resuelvan las quejas y reclamaciones en el sector financiero, mientras no sea creada la entidad única especializada con competencias en este sector.

De ahí, que estos servicios deberían haber acomodado su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, especialmente, para que garantizaran el principio de independencia con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de conflictos. Lamentablemente, parece que esta no es la intención del Gobierno, habida cuenta de que no ha mediado ninguna modificación de estos servicios de reclamaciones desde que entrara en vigor la Ley 7/2017, por lo que estos siguen

---

<sup>486</sup> En este sentido, hemos constatado que, efectivamente, las autoridades competentes no han acreditado a ninguna entidad en el sector financiero. Puede consultarse el listado de entidades acreditadas en: <https://www.mscols.gob.es/consumo/rac/listadoEntNotCEuAutCEs.htm> (consulta: 5 de enero de 2022).

<sup>487</sup> Aunque posteriormente dedicaremos un apartado a este proyecto de ley, al no entrar en vigor, el procedimiento vigente en el sector financiero es el de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre. Puede consultarse este proyecto en el siguiente enlace: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2019/06/Proyecto-de-ley-de-creaci%C3%B3n-de-la-Autoridad-Administrativa-Independiente-de-Protecci%C3%B3n-del-Cliente-Financiero.pdf> (consulta: 3 de febrero de 2022).

<sup>488</sup> No solo se prevé la aprobación de una Ley de creación de la autoridad administrativa independiente de protección del cliente financiero en el punto XXI de Política Económica, sino que también se prevé la elaboración de un Real Decreto en el que se desarrollará el procedimiento de tramitación de las reclamaciones, los nombramientos, etc.

resolviendo las quejas y reclamaciones mediante informes motivados que no tienen en ningún caso carácter de acto administrativo recurrible<sup>489</sup>.

Por su parte, el apartado 3º del artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre dirige un mandato al Ministro de Economía y Hacienda para que desarrolle el procedimiento, señalando unas reglas básicas a las que debería estar sujeto este procedimiento. Fruto de este mandato se aprobó la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante estas entidades<sup>490</sup>.

### **1.1. Las quejas y reclamaciones de los usuarios de los servicios financieros ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones**

La actual normativa de los servicios al cliente de entidades financieras se contiene en los artículos 29 a 31 de la Ley 44/2002, la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras<sup>491</sup>; y, la Orden ECC/2502/2012, dado que para presentar una reclamación ante el servicio de reclamaciones del Banco de España o ante las otras entidades de supervisión, previamente los usuarios de los servicios financieros deberá haber reclamado al servicio de atención al cliente o al defensor del cliente, por lo que algunos preceptos de la Orden ECO/734/2004 deben ser interpretados a la luz de la Orden de 2012.

Si bien, nuestra atención se centrará en el estudio de la Orden 2502/2012, dado que es esta la que regula el procedimiento de quejas y reclamaciones.

Punto de partida es diferenciar los conceptos de quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios. Se considerarán quejas, aquellas presentadas por los

---

<sup>489</sup> En este sentido, cabe indicar que este procedimiento se asemeja a un procedimiento administrativo, pero en realidad, el precepto deja claro que el informe no es un acto administrativo recurrible; de ahí que consideremos que la función que ejercen estos servicios se asemeja sustancialmente a la función que lleva a cabo un mediador.

<sup>490</sup> BOE, núm. 281, de 22 de noviembre de 2012.

<sup>491</sup> BOE, núm. 72, de 24 de marzo de 2004.

usuarios de los servicios financieros por las demoras, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación deficiente que se observe en la entidad reclamada.

Tiene la consideración de reclamación, aquella presentada por los usuarios de los servicios financieros que pone de manifiesto hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades reclamadas, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, basándose dicha reclamación en un incumplimiento de su contrato o de la normativa de transparencia y protección de su clientela o de las buenas prácticas y usos financieros. Diferenciándose estas a su vez de las consultas, que serían las solicitudes de asesoramiento e información relativas a cuestiones de interés general sobre los derechos de los usuarios financieros.

### **1.1.1. La legitimación para formular las quejas y reclamaciones**

La reclamación puede presentarse por el cliente financiero o por medio de un representante, pudiendo hacerlo cualquier persona física o jurídica española o extranjera, debidamente identificada que tenga la condición de usuario de los servicios financieros prestados por cualquiera de las entidades que estén supervisadas por el Banco de España, la Comisión Nacional de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, siempre que se refieran a sus derechos e intereses legamente reconocidos (art. 3.1 RSR).

Asimismo, están legitimadas las personas o entidades que actúen en defensa de los particulares, tanto de sus clientes, partícipes e inversores, los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos, así como los partícipes y beneficiarios de planes de pensiones (3.2 RSR), se trataría de sujetos, entidades o asociaciones que actúan en representación de varios clientes o terceros afectos, sin constituir un supuesto de legitimación extraordinaria<sup>492</sup>.

---

<sup>492</sup> En este sentido, *vid.*, MARÍN LÓPEZ, M.J., “Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de los servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos”, *op. cit.*, p. 11.

También podrán presentar quejas y reclamaciones las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, siempre que resulten afectados los intereses de los mismos y estas entidades estén legalmente habilitadas conforme a los requisitos que señala la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, las entidades que señalen las diferentes legislaciones autonómicas en materia de consumidores y usuarios (art. 3.3 RSR), por lo que no es necesario que se trate de las entidades más representativas.

Entendemos que esta remisión que hace la norma a las entidades habilitadas se refiere en concreto al artículo 24 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, esto es, a las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas en esa norma, incluyendo a las de ámbito autonómico, así como a las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en esta norma o en la normativa autonómica cuando se refieran a intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores (art. 24.1 LGDCU), por lo que no tendrán que ser necesariamente las más representativas.

Si bien, al no constituir un supuesto de legitimación extraordinaria, la reclamación colectiva que en su caso se presente la asociación de consumidores para ser resuelta en un único procedimiento, no será en “representación” estará legitimada para representar los intereses colectivos, siempre que vayan referidos a consumidores fácilmente determinables, en tanto que solo podrá “representar” a aquellos que reclamen expresamente a través de la asociación,; de ahí que concluyamos que se trata de la suma de varias reclamaciones individuales para ser tramitadas de forma conjunta<sup>493</sup>

### **1.1.2. Procedimiento para la tramitación de las reclamaciones**

Las quejas o reclamaciones podrán ser presentadas indistintamente ante cualquiera de los tres servicios de reclamaciones, independientemente de su contenido. Si el servicio de reclamaciones observara que no es competente para su tramitación, se encargara de remitirla al servicio de reclamaciones que sea competente (art. 4.1 RSR).

---

<sup>493</sup> A favor, MARÍN LÓPEZ, M.J., *ibidem*, p. 11.



Cuando la queja o reclamación, por razón de su contenido, corresponda al ámbito de competencia de dos o más servicios de reclamaciones, el expediente se tramita por el servicio de reclamaciones que corresponda en atención a la naturaleza jurídica de la entidad reclamada. En estos supuestos, el servicio de reclamaciones al que corresponda tramitar el expediente solicitará informe a los servicios de reclamaciones sobre los asuntos que correspondan, integrando dichos informes en el informe final que se dicte (art. 4.2 RSR).

### **1.1.3. La tramitación**

La tramitación difiere según se trate de una queja o de una reclamación, pero ambas comparten dos fases bien diferenciadas: una fase preparatoria y otra fase de sustanciación, donde se lleva a cabo el verdadero procedimiento para la queja o reclamación.

#### **A) Fase preparatoria**

Las quejas o reclamaciones podrán ser presentadas por los usuarios de los servicios financieros, o por los sujetos o entidades habilitadas para ello, en soporte de papel o a través de los medios electrónicos habilitados al efecto (art. 5 RSR).

Pudiendo utilizarse los formularios normalizados del que dispondrán los servicios de reclamaciones. El formulario deberá contener, al menos, la información a la que hace referencia el artículo 6 de la Orden ECC/2502/2012, esto es:

- Los datos identificativos del reclamante o denominación social cuando se trate de personas jurídicas, o del representante, así como el domicilio a efectos de notificaciones;
- La identificación de la entidad reclamada, así como de la oficina o sucursal contra la que se dirige la reclamación o queja;
- El motivo de la reclamación o queja que se alegue, señalando expresamente que el objeto de la reclamación no está pendiente de resolución ante los órganos administrativos, arbitrales o jurisdiccionales. En el motivo de la reclamación no podrán alegarse otros hechos distintos a los que se presentaron en la

reclamación previa ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente o partícipe de la entidad contra la que se reclame, salvo los que se hayan producido con posterioridad a la sustanciación de la reclamación previa; y,

- La acreditación que ha transcurrido el plazo de 2 meses desde la fecha de la presentación de la reclamación ante el departamento o servicio de atención al cliente, sin que haya sido resuelta o que haya sido desestimada en todo o en parte, indicando la fecha, lugar y firma de la presentación.

Junto al formulario de solicitud, podrán acompañarse los documentos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, sin perjuicio de la posibilidad de que, de oficio, los servicios de reclamaciones puedan requerir a la entidad reclamada la documentación que obre en su poder.

Por otra parte, ha de señalarse que la Orden ECC/2502/2012 permite que se puedan presentar reclamaciones y quejas colectivas. Tanto es así, que el artículo 9 permite que se presente una única reclamación conjunta por parte de distintos reclamantes, cuando un grupo de usuarios financieros se vean afectados por conductas ilícitas llevadas a cabo por una misma entidad financiera, si el objeto de las reclamaciones o quejas tiene un contenido idéntico o sustancialmente similar (art. 9.1 RSR).

Esta reclamación o queja se realizará a través de un único representante y deberá contener los mismos extremos que las quejas o reclamaciones a las que hemos hecho referencia anteriormente (art. 9.2 RSR). En este sentido, hemos de señalar que, aunque el precepto no lo señale, entendemos que cabe la posibilidad de que la representante de esta queja o reclamación colectiva sean las entidades habilitadas conforme a lo que hemos señalado en líneas precedentes, por ejemplo, las asociaciones de consumidores y usuarios.

Asimismo, entendemos que también cabe la posibilidad de que la queja o reclamación colectiva se lleve a cabo por el grupo de consumidores afectados, nombrando a un representante, dado que tienen legitimación activa, sin perjuicio de que no podamos calificarla como una legitimación extraordinaria conforme al artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los servicios de reclamaciones deberán tramitar la reclamación colectiva como un único expediente y pronunciarse sobre aquella en una única resolución (art. 9.4 RSR). Resolución que tendrá los mismos efectos que una queja o reclamación individual, es decir, no tiene carácter vinculante para las partes, ni la consideración de acto administrativo recurrible (art. 11.1 RSR).

Admitida a trámite la reclamación, suspenderá o interrumpirá los plazos para el ejercicio de acciones de los interesados. Evidentemente, el traslado a la entidad financiera se hará por el servicio de reclamaciones correspondiente, si no se observa algunos de los supuestos de inadmisión a trámite de la queja o reclamación que enumera el artículo 10 de la Orden, que son:

- En primer lugar, por falta de competencia de los servicios de reclamaciones o quejas. Esta falta de competencia puede darse en 4 supuestos: (i) cuando el reclamado pretenda tramitar reclamaciones o quejas reguladas en este procedimiento, recursos o acciones que sean competencia de los órganos administrativos, arbitrales o judiciales, o que estos estén pendientes de resolución ante estos mismos órganos. De hecho, cuando se tenga conocimiento de la tramitación simultánea de las quejas o reclamaciones y de un procedimiento administrativo, arbitral o judicial, el servicio de reclamaciones correspondiente deberá abstenerse de tramitarlas, decretando el archivo del expediente, sin perjuicio de que deberá informar de este aspecto al interesado (art. 10.4 RSR); (ii) cuando en la reclamación o queja se plantean objetos sobre determinados hechos cuya prueba solo pueda ser realizada en vía judicial; (iii) cuando se plantean conflictos sobre la cuantificación económica de los daños y perjuicios que, en su caso, hayan podido ocasionar a los usuarios de servicios financieros la actuación, incluso, sancionable de las entidades financieras sometidas a supervisión, o sobre cualquier otra valoración económica; y, (iv) cuando la reclamación o queja se fundamente en un motivo cuya resolución requiera obligatoriamente la valoración de expertos o peritos especializados en una materia técnica, no relacionada con la normativa de transparencia y protección de la clientela o las buenas prácticas y usos bancarios (art. 10.1);

- En segundo lugar, cuando la reclamación carezca de fundamento o no se concreten las pretensiones, incluidos los supuestos en los que no se concrete el motivo, o no se acredite el plazo de 2 meses que debe de transcurrir desde que se reclamara directamente ante el servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente o participe de la entidad contra la que se reclame sin que haya sido resuelta la queja o la reclamación, o que se haya sido denegada la admisión, total o parcialmente, salvo que tenga por objeto la demora o el incumplimiento de una decisión del órgano ante el que se realiza la reclamación previa, en sentido favorable para los usuarios de los servicios financieros, que versara sobre el objeto de la queja o reclamación;
- En tercer lugar, cuando los hechos, razones y solicitud en que fundamenten las cuestiones objeto de las quejas o reclamaciones no se refieran a operaciones concretas, o cuando sean distintas de las formuladas directamente ante el servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente o participe de la entidad contra la que se reclame;
- En cuarto lugar, cuando se articulen como quejas o reclamaciones, consultas sobre los derechos en materia de transparencia y protección a la clientela, o sobre los cauces legales para ejercer sus derechos, sin perjuicio de que se atienda la reclamación como una consulta. Extremo este que del que se informará al interesado;
- En quinto lugar, cuando se presenten ante el servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, reclamaciones o quejas que no estén relacionadas con la condición de usuario de servicios financieros de las entidades aseguradoras o de entidades gestoras de fondos de pensiones;
- Y, en sexto lugar, cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de acciones o derechos de conformidad con lo previsto en los contratos o en la norma que resulte de aplicación y, en todo caso cuando haya transcurrido el plazo de 6 años desde que se produjeran los hechos sin que el reclamante haya presentado la queja o la reclamación.

La inadmisión a trámite de la queja o de la reclamación deberá ponerse en conocimiento al interesado mediante informe motivado, concediéndole un plazo de 10 días hábiles para que, en su caso, presente alegaciones. En el supuesto de que presente las alegaciones y el servicio de reclamaciones correspondiente mantenga las causas de

inadmisión a trámite de la reclamación, se le comunicará la decisión final que aquel adopte (*ex art. 10.3 RSR*).

## **B) Fase de sustanciación**

La fase de sustanciación es la parte del procedimiento donde se inicia el verdadero trámite de la queja o reclamación, una vez que el reclamante ha presentado el formulario de la queja o reclamación y se ha admitido a trámite la reclamación. Conviene señalar que el trámite de la reclamación es similar al trámite de la queja, salvo en los plazos, dado que estos se acortan en la queja.

Una vez recibida la solicitud, el servicio de reclamaciones procederá a la apertura del expediente por cada una de las reclamaciones, o acordará la acumulación de expedientes, pudiendo darse la misma por acumulación subjetiva u objetiva de acciones<sup>494</sup>. En el plazo de 10 días hábiles<sup>495</sup>, el servicio de reclamaciones correspondiente deberá informar al interesado de que su tramitación se entiende sin perjuicio de las acciones en las que puede hacer valer sus derechos, de los plazos y vías a través de los cuales puede ejercitarlas, de que la reclamación no paralizará la tramitación ni la resolución de esos procedimientos, así como de que la emisión del informe final del servicio de reclamaciones, no tiene carácter vinculante ni la consideración de acto administrativo recurrible (art. 11).

Como ya señalamos, la función que ejercen estos servicios de reclamaciones se asemeja a una especie de mediación especial, que llevan a cabo estas entidades de naturaleza pública, puesto que los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, actúan como entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, sin perjuicio de que las 3, podrán actuar como órganos de supervisión y tienen atribuidas funciones administrativas, como es el ejercicio de la potestad sancionadora.

---

<sup>494</sup> Ha de señalarse que el artículo 8.1 de la Orden permite la acumulación de expedientes para que sean tramitados de forma conjunta, en dos supuestos: en primer lugar, cuando se trate de reclamaciones o quejas presentadas por sujetos distintos, pero vengán referidos a la misma entidad financiera, porque concurre identidad sustancial o íntima conexión en los hechos que son objeto de la reclamación; y, en segundo lugar, cuando se trate de reclamaciones o quejas por una misma persona y que vengán referidas a cuestiones que guarden identidad sustancial o íntima conexión.

<sup>495</sup> Cuando se trate de una queja, este plazo será de 5 días hábiles (*ex art. 13.2*).

Aclarada esta función que se asemeja a una mediación, estos servicios de reclamaciones, en el mismo plazo 10 días hábiles<sup>496</sup>, remitirán a la entidad financiera contra la que se dirige la reclamación, una copia de las reclamaciones y de la documentación que se acompaña a ella, para que en el plazo de 15 días hábiles<sup>497</sup> presente las alegaciones y documentos que la entidad estime conveniente; y ello, sin perjuicio de que el servicio de reclamaciones correspondiente, de oficio, puede recabar toda la información que precise necesaria para dictar el informe. Tanto es así, que los servicios de reclamaciones pueden entrar a conocer sobre conductas que queden acreditadas en el expediente, aunque no hubieran sido inicialmente expuestas en el objeto de la reclamación, previa petición de alegaciones a la entidad financiera (art. 11.5 RSR).

A continuación, los servicios de reclamaciones darán traslado de una copia de las alegaciones y documentos que acompañe al reclamante, pudiendo determinar el servicio de reclamaciones correspondiente, que el traslado de esta información se lleve a cabo directamente por las entidades financieras a la parte reclamante, concediéndole a estos un plazo de 15 días hábiles<sup>498</sup> para que conteste a las alegaciones de la entidad.

Todos los requerimientos que se formulen a la entidad financiera deberán ser cumplidos en el plazo de 15 días hábiles<sup>499</sup> y, si lo no hace, se tendrán por incumplidos a los efectos de continuar con la tramitación del expediente.

En el supuesto en el que surja en la reclamación algún conflicto entre las alegaciones formuladas por el reclamante y la entidad, corresponde a la entidad financiera fundamentar sus alegaciones de acuerdo con la información de la que disponga (art. 11.3).

Una vez transcurrido el plazo de 15 días hábiles sin que la entidad reclamada responda, o transcurrido el plazo de 10 días hábiles concedido a los interesados, se emitirá el informe final que dará por finalizado el expediente (art. 11.4 RSR). Este expediente deberá elaborarse en el plazo máximo de 4 meses, a contar desde la fecha en la que el reclamante

---

<sup>496</sup> Cuando se trate de una queja, este plazo será de 10 días hábiles (*ex art. 13.2*).

<sup>497</sup> Cuando se trate de una queja, este plazo será de 10 días hábiles (*ex art. 13.2*).

<sup>498</sup> Cuando se trate de una queja, este plazo será de 10 días hábiles (*ex art. 13.2*).

<sup>499</sup> Cuando se trate de una queja, este plazo será de 10 días hábiles (*ex art. 13.2*).

presentó la solicitud ante el servicio de reclamaciones competente<sup>500</sup>. Si ello no es posible, el servicio de reclamaciones deberá hacerlo constar expresamente en el informe final, incluyendo las causas que han impedido dictarlo en plazo (art. 12.1 RSR).

En este sentido, ha de decirse que si el servicio de reclamación correspondiente no ha emitido el informe en dicho plazo, no lleva consigo la aceptación del motivo de la reclamación. Sin embargo, tampoco quiere decir que se desestime la reclamación por silencio del servicio de reclamaciones, dado que el precepto obliga a concluir el expediente con un informe final, que deberá emitirse en todo caso por escrito al reclamante, que en todo caso deberá ser motivado (art. 12.2 RSR).

Deber de motivación que se traduce en la exposición de unas conclusiones claras en las que se haga constar si ha habido por parte de la entidad financiera quebrantamiento de normas de transparencia y protección de la clientela (art. 12.3 RSR).

Los servicios de reclamaciones no estarán vinculados a resolver las reclamaciones conforme a los criterios seguidos en anteriores informes llevados a cabo con anterioridad en supuestos similares, sin perjuicio de que este cambio de criterio deberá estar también motivado (art. 12.5).

Una vez que se ha elaborado el informe final, será notificado a las partes y a la entidad reclamada en el plazo de 10 días hábiles a contar desde su fecha de emisión (art. 12.4)<sup>501</sup>.

Si el informe emitido en el expediente de reclamación fuera desfavorable para la entidad financiera contra la que se reclama, se le concederá a la misma un plazo de un mes desde que se le notifique el informe para que acepte o no los presupuestos y criterios recogidos en el informe. Criterios estos que, si son acogidos finalmente por la entidad, deberá acreditar documentalmente la rectificación de la situación sufrida por el

---

<sup>500</sup> Cuando se trate de una queja, el plazo para que concluya el expediente será de 3 meses. En cambio, si el objeto de la queja es la demora o el incumplimiento de una decisión del departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso del defensor del cliente o partícipe de la entidad contra la que se reclama, el informe deberá concluir en el plazo de 1 mes y medio (*ex art. 13.3 RSR*).

<sup>501</sup> Cuando se trate de una queja, la notificación a las partes deberá hacerse en el plazo de 5 días hábiles desde que se emitiera el informe (*ex art. 13.4 RSR*).

reclamante, en tanto que si no lo hace, se entenderá que la entidad no ha aceptado el contenido del informe (art. 14.1 RSR).

Recibida la comunicación o transcurrido el plazo de un mes sin haber obtenido respuesta por parte de la entidad financiera, se procederá al archivo de las reclamaciones, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o de otro orden en las que haya podido incurrir la entidad.

Puede suceder, en cambio, que la entidad financiera rectifique su conducta con carácter previo a la emisión del informe final a favor del reclamante, siendo igualmente necesario que sea justificado documentalmente por aquella, salvo que exista desistimiento expreso del interesado<sup>502</sup>. En este sentido, podríamos decir que el procedimiento concluye de forma anormal, dando lugar al archivo de la reclamación sin más trámite.

Pero no en todas los supuestos en los que haya desistimiento por parte del reclamante da lugar a la terminación del procedimiento, puede suceder que este continúe de oficio cuando el servicio de reclamaciones considere que en la tramitación de la reclamación o queja se han revelado datos que pueden constituir indicios de conductas susceptibles de ser sancionadas, concretamente, cuando se deduzca el quebrantamiento grave o reiterado de normas de transparencias o protección a la clientela, o cuando se detecten conductas delictivas, o de infracciones tributarias, de consumo o de competencia, o de otra naturaleza. En estos supuestos, el servicio de reclamaciones pondrá los hechos en conocimiento del departamento u organismo competente en la materia para sanciones que aquella considere a los efectos oportunos (*ex art. 18*).

Lo que parece quedar claro es que finaliza el procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, pero puede darse la confluencia con un procedimiento administrativo

---

<sup>502</sup> En este sentido, el artículo 15 de la Orden señala la posibilidad de que los interesados desistan de las reclamaciones en cualquier momento del procedimiento. El desistimiento conllevará a la conclusión inmediata del procedimiento en lo que se refiere al interesado, salvo que el servicio de reclamaciones competente acuerde la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador por entender que existe un interés general en las cuestiones planteadas.

Aunque es posible el desistimiento de los interesados, debe entenderse que puede seguir el procedimiento por las responsabilidades disciplinarias o de otro orden que correspondan, pudiendo el servicio de reclamaciones formular a la entidad correspondiente, las indicaciones que estime pertinentes.



sancionador por incumplimiento de la normativa en materia de consumo; aunque el interesado desista del procedimiento. En este sentido, entendemos que cuando el objeto sancionable verse sobre materias a las que están sometidas las entidades financieras, serán los organismos de supervisión a los que estas están sometidas las que continúen con el procedimiento administrativo sancionador, es decir, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en sus respectivos ámbitos de competencia.

También cabe la posibilidad de que el procedimiento finalice por el allanamiento de la entidad financiera a las pretensiones, sin perjuicio de las responsabilidades o sanciones disciplinarias o de otro orden que correspondan.

Expuestas las excepciones que puedan dar lugar a la terminación anormal del procedimiento ante el servicio de reclamaciones competente, lo cierto es que, con carácter general, el procedimiento finaliza con un informe final del servicio de reclamaciones correspondiente, que no tiene carácter vinculante para las partes, ni la consideración de acto administrativo recurrible (art. 12.6).

La situación antedicha nos lleva a la necesidad de finalizar con una reflexión sobre los efectos que tiene para las partes la emisión del informe final, habida cuenta de que entendemos que, en este supuesto, el servicio de reclamaciones del Banco de España, el de la Comisión Nacional de Mercado de Valores y el de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones actúa, estrictamente, como una entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo y, más concretamente como una entidad que realiza funciones que se asimilan a una especie de mediación especial, al menos en lo que respecta a los efectos no vinculantes para las partes que tiene el informe final, salvo que el servicio de reclamaciones observe conductas sancionables por la entidad financiera, cuando constante que la competencia para iniciar un procedimiento administrativo sancionador corresponda a alguno de los 3 órganos de supervisión de los que dependen los servicios de reclamaciones. De hecho, los servicios de reclamaciones, en su función de entidad alternativa de resolución de conflictos, son los que, si de las actuaciones practicadas observara indicios de incumplimiento o quebrantamientos graves o reiterados de las normas de transparencia y protección a la clientela, aunque se dé el desistimiento o el allanamiento, remitirán a los órganos de supervisión correspondientes, los

expedientes, para que, en su caso, decida si inicia o no el procedimiento administrativo sancionador que corresponda.

Ahora bien, aunque la Orden solo señale la posibilidad de que continúe el procedimiento para sancionar a la entidad financiera cuando el organismo de supervisión entienda que aquella ha cometido alguna conducta susceptible de ser sancionada, entendemos que esta iniciación del procedimiento administrativo sancionador puede darse también simultáneamente a la tramitación de la reclamación por el servicio de reclamaciones correspondiente, es decir, aunque no haya desistimiento por parte de los interesados o, en su caso, allanamiento por la entidad financiera reclamada<sup>503</sup>.

Es aquí donde se ponen de manifiesto las funciones administrativas que pueden ejercer estas 3 entidades de supervisión, en tanto que los servicios de reclamaciones dependientes de ellas ejercen una función similar a la mediadora.

Ello no quiere decir que los servicios de reclamaciones, cuando ejercen su función como entidad de resolución alternativa, lleven a cabo un procedimiento idéntico al que lleva a cabo el mediador en la mediación de consumo, y ni mucho menos que las funciones sean idénticas a las que realiza el mediador.

Lo cierto es, que sea cual sea la denominación que le otorguemos a este procedimiento, es indudable que al menos se asemeja a una mediación de consumo especial, a la que podríamos denominar “mediación financiera”.

Esta reflexión viene al hilo de que los efectos de los informes finales que emiten los servicios de reclamaciones no son vinculantes para las partes, ni tienen la consideración de acto administrativo recurrible. No obstante, como el informe se asemeja en los efectos a un acta de mediación, no vemos impedimento para que las partes puedan decidir libremente elevar el informe final a escritura pública, pues de este modo adquiriría fuerza vinculante para aquellas, al tiempo que se constituiría como un título ejecutivo

---

<sup>503</sup> De hecho, la propia Orden indica que, en lo no previsto expresamente en la Orden, y en las normas que la desarrollan, el régimen supletorio de aplicación a las actuaciones de los servicios de reclamaciones es el de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, así como el del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*ex art. DF 1<sup>º</sup>*).

extrajudicial que llevaría aparejada ejecución conforme al artículo 517.2, apartado 2º. Ello es posible, a nuestro juicio, por el principio de autonomía de la voluntad que rige para las partes en los contratos de adhesión.

Con todo lo expuesto, concluimos que, *de lege ferenda*, la futura ley que regule el sistema institucional de protección del cliente, su organización y sus funciones, a la que hace referencia la Disposición adicional primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, podría tener en cuenta la posibilidad de establecer ante qué tipo de procedimiento nos encontramos, esto es, si es una mediación, o si es una mediación especial, qué funciones son exactamente las que realizan los servicios de reclamaciones dependientes respectivamente del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Al tiempo, esta misma ley debería brindar la posibilidad a las partes de que el informe final pueda elevarse a escritura pública, para que adquiriera la consideración de un título ejecutivo extrajudicial, que lleve aparejada ejecución.

Asimismo, la futura norma podría tener en cuenta la posibilidad de eliminar la obligación de acreditar que la queja o reclamación se ha llevado a cabo previamente ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso defensor del cliente o partícipe.

Y, en el supuesto de que no se elimine la necesidad de acreditar la reclamación previa, que, al menos, siguiendo la línea propuesta por la Ley 7/2017 que, dicho sea de paso, es posterior a la Orden ECC/2502/2012, se reduzca el plazo para acreditar el cumplimiento de este presupuesto, queja o reclamación directa a 1 mes, y no a 2, tal y como está previsto actualmente.

## **1.2. Las quejas y reclamaciones en el sector financiero ante otras entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo**

La Disposición adicional primera también permite que el resto de entidades acreditadas que den cobertura a las reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos puedan conocer de las reclamaciones que surjan en esta materia financiera,

sin perjuicio de que, en estos supuestos, la participación en el procedimiento extrajudicial es de aceptación voluntaria para las partes (DA 1ª, ap. 1, *in fine*).

Ello nos lleva a considerar que las partes podrán optar por someter la resolución del conflicto a todas las entidades acreditadas por la Dirección General de Consumo, pero no a las entidades que no estén acreditadas, si nos atenemos al tenor literal del precepto. Y es que, como ya señalamos en líneas precedentes, la posibilidad de que coexistan entidades acreditadas como no acreditadas es una decisión de cada Estado miembro<sup>504</sup>, y en España, sí es posible que coexistan. Aunque el ordenamiento jurídico español permita la participación en procedimientos extrajudiciales de entidades acreditadas, como de entidades que no lo estén, cuando las reclamaciones versen sobre conflictos con los usuarios de los servicios financieros, solo las entidades acreditadas conforme a la Ley 7/2017 y notificadas a la Comisión Europea, podrán participar como entidad de resolución alternativa de conflictos en el sector financiero. Entre ellas, cabe citar, a las distintas Juntas Arbitrales de Consumo acreditadas, a las que se le atribuirá la competencia en función del ámbito territorial del conflicto.

Si bien, ha de decirse que la legislación que se ha aprobado en materia de protección de los consumidores y usuarios de los servicios financieros no se ha caracterizado precisamente por apostar decididamente por las fórmulas extrajudiciales, tan solo hace referencias tímidas a la posibilidad de acudir al sistema arbitral de consumo como una opción de la reclamación extrajudicial.

Tales referencias se pueden apreciar en las siguientes disposiciones:

- En el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (art. 61.2)<sup>505</sup>;

---

<sup>504</sup> V. gr., en Portugal no podrán llevar a cabo procedimientos arbitrales, los Centros de Arbitraje de Consumo que no hubieran obtenido la acreditación. En el mismo sentido, GRANDE SEARA, P., “El sistema arbitral de consumo tras la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 50, 2020, p. 4.

<sup>505</sup> BOE, núm. 267, de 05 de noviembre de 2004.

- En la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores<sup>506</sup>, cuyo artículo 16 señala que:

*«1. El proveedor y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquéllos 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 por la normativa comunitaria, así como a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros. 2. Los órganos arbitrales de consumo o los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros, que intervengan en la resolución de reclamaciones sobre servicios financieros prestados a distancia, habrán de cooperar en la resolución de los conflictos de carácter transfronterizo que se produzcan a nivel intracomunitario, a través de la «Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros» (FIN\_NET) o cualquier otro mecanismo habilitado al efecto».*

- Y, finalmente, en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo<sup>507</sup>, en cuyo artículo 35 indica que:

*«1. El prestamista, el intermediario de crédito y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquéllos 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 por la normativa europea, así como a 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. 2. Los órganos arbitrales de consumo o los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros, que intervengan en la resolución de estas reclamaciones, habrán de cooperar en la resolución de los conflictos de carácter transfronterizo que se produzcan a nivel intracomunitario, a través de la Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros o cualquier otro mecanismo habilitado al efecto».*

A pesar de todas estas referencias, son pocos los supuestos en los que las entidades financieras se han sometido al arbitraje de consumo, obligando a sus usuarios a someter el conflicto a la Jurisdicción tras un peregrinaje de actuaciones tendentes a emitir los costes del proceso<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2007.

<sup>507</sup> BOE, núm. 151, de 25 de junio de 2011.

<sup>508</sup> No es infrecuente que el consumidor agote la reclamación ante la oficina de reclamaciones de su entidad bancaria, acuda al Banco de España, que le da la razón, e incluso así se ven en la tesitura de tener que interponer demanda.

El único supuesto de resaltar es el caso de las reclamaciones de las participaciones preferentes y las deudas subordinadas, en torno a las cuales se dictó el Real Decreto Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero<sup>509</sup>, que estableció un arbitraje *sui generis*, pues aun siendo un arbitraje de consumo, se sujetaba al control de un experto independiente, siguiendo los criterios de la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada.

El procedimiento arbitral constaba de dos fases: una primera fase de solicitud de admisión al arbitraje, en la que el cliente instaba solicitud de arbitraje ante la entidad financiera emisora de las preferentes, firmándose el convenio arbitral tras el examen por el experto independiente de los criterios publicados por la Comisión de Seguimiento; y, una segunda fase ante la Junta Arbitral Nacional, en esta, sin la necesidad de comparecencia, se estudiaría la reclamación, dictando laudo arbitral sobre las liquidaciones a realizar de ser estimada la pretensión del consumidor.

### **1.3. El proyecto de Ley para la creación de la autoridad administrativa independiente del cliente financiero**

En cumplimiento del apartado 2º de la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, se elaboró 2 años más tarde, un borrador de proyecto de Ley para la creación de una entidad única, que se encargaría de resolver las quejas y reclamaciones de los usuarios de los servicios financieros. Sin embargo, esta norma quedó en *stand by*, habida cuenta de que se elaboró en marzo de 2019 sin llegar a tramitarse parlamentariamente. Ello no es óbice para que hayamos analizado los puntos más controvertidos de este proyecto, por si son retomados algunos postulados en él.

El objetivo primordial de este proyecto es la creación de una entidad especializada, a la que ha denominado la Autoridad Administrativa independiente para la Protección del Cliente Financiero (APCF), que como su propio nombre indica, crea un organismo independiente de las entidades de supervisión de los mercados financieros con la finalidad de que resuelva las reclamaciones que presenten los clientes de crédito, de seguros o del

---

<sup>509</sup> BOE, núm. 71, de 23 de marzo de 2013.

mercado de valores frente a una o varias entidades de crédito, para que reparen extrajudicialmente sus derechos e intereses, cuando estos hayan sido vulnerados por la prestación de un servicio financiero, por el incumplimiento de las normas de conducta de las buenas prácticas bancarias o la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los usuarios financieros<sup>510</sup>, abarcando la fase precontractual y contractual (art. 3.1 en relación con el 2.6 PAPCF).

De esta forma, el borrador del proyecto de Ley opta por un modelo *twin peaks*, de supervisión financiera, de tal modo que el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores asumirían la supervisión de solvencia de los bancos y las sociedades de inversión y aseguradoras, y la autoridad de control asumiría la supervisión de la conducta de todas estas compañías, incluyendo el conocimiento de todas las reclamaciones.

En este sentido, entendemos que la norma podría haber optado por adaptar los servicios de reclamaciones del Banco de España la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones a los requisitos que señala la Ley 7/2017, en aras a evitar costes económicos para la creación de una nueva entidad; quizás puede ser este el motivo por el que este proyecto de Ley no ha llegado a entrar en vigor<sup>511</sup>

De ahí que, *de lege ferenda*, podría tenerse en cuenta la consideración de que los servicios de reclamaciones de los usuarios financieros ya existentes adaptaran su funcionamiento a los requisitos que indica la Ley 7/2017, para que actúen como entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Ello evitaría costes innecesarios; y no sería una idea nueva, dado que ya se ha llevado a cabo en otros sectores económicos, como, por ejemplo, sucede con AESA en el transporte aéreo.

---

<sup>510</sup> El borrador del proyecto incluye en el concepto de cláusulas abusivas a aquellas estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente contrarias a la buena fe, y que causen en el consumidor un desequilibrio importante e injustificado en las obligaciones del contrato, siempre que concurra alguna de las siguientes causas: en primer término, que la cláusula u otra de idéntica significación haya sido declarada nula por el Tribunal Supremo; en segundo término, que la nulidad resulte de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y, por último, que la abusividad de la cláusula se haya declarado en sentencia firme y se haya inscrito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (*ex* art. 2.6 PAPCF).

<sup>511</sup> En igual sentido se manifestó el anterior presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Sebastián Albella.

Otra de las modificaciones que introduce el proyecto de Ley viene referida a la competencia para acreditar a las entidades que lleven a cabo la resolución de conflictos en el sector financiero. Inicialmente, el artículo 26.3 de la Ley 7/2017 señalaba al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cada una de ellas respecto a las entidades sometidas a su supervisión. Si bien, la Disposición final séptima del proyecto modifica este apartado, atribuyendo la competencia para acreditar a todos los efectos a la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa.

En lo que respecta a los principios que deben respetar los sujetos encargados de llevar a cabo el procedimiento, el borrador del proyecto indica que los vocales de la entidad deberán llevar a cabo el procedimiento conforme a los requisitos de independencia e imparcialidad (art. 27) y confidencialidad (art. 29), siendo de aplicación al sistema de resolución extrajudicial de conflictos, lo establecido en el proyecto de ley y en su normativa de desarrollo y, con carácter supletorio, la Ley 7/2017; y, en defecto de esta, por lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre y 40/2015, de 1 de octubre.

La tramitación de las reclamaciones es más o menos similar a la que ya expusimos en líneas anteriores cuando analizamos la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, salvo en algunos aspectos. El primero se refiere a la disminución del plazo que debe transcurrir desde que los usuarios de los servicios financieros presentan la reclamación previa ante el servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente<sup>512</sup>, y más tarde ante la Autoridad Administrativa Independiente. Mientras que el borrador indica que deberá mediar el plazo de 1 mes desde la fecha de la reclamación previa, salvo que se trate de reclamaciones que versen sobre servicios de pago en el que el plazo será de 15 días, la Orden señala un plazo de 2 meses.

Pero la clave de la nueva regulación está en el carácter que se quiere atribuir a las resoluciones que dicte la entidad. Efectos que variarán en función del importe de la reclamación. Si el importe de la misma es igual o superior a 50.000 euros, se mantiene

---

<sup>512</sup> Este borrador de proyecto de Ley, sí indica expresamente que estos servicios no tendrán la consideración de entidad de resolución alternativa de conflictos, a tenor de los previstos en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.



que las resoluciones no serán vinculantes para ninguna de las partes, y no tendrán en ningún caso la consideración de actos administrativos recurribles, quedando se entiende expedita la vía judicial, para que el cliente financiero demande a la entidad financiera (art. 41.4), en tanto que si es el importe reclamado es inferior a 50.0000 euros, sí tendrá carácter vinculante para la entidad financiera. Esta resolución vinculante podrá acordar las medidas necesarias para restituir al usuario de los servicios financieros, pudiendo consistir en la nulidad de una cláusula abusiva, declarar los derechos que le correspondan, así como anular liquidaciones u ordenar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

Las entidades financieras deberán dar cumplimiento a la resolución en un plazo máximo de 30 días hábiles desde que fuera notificada a las partes. Transcurrido dicho plazo sin que se haya ejecutado la resolución, el usuario del servicio financiero podrá instar a la entidad para que proceda a la ejecución forzosa por los medios previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre<sup>513</sup>.

Y es que, las resoluciones vinculantes de la entidad, tienen la consideración de acto administrativo que agota la vía administrativa, siendo recurribles por cualquiera de las partes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que la interposición del recurso, en su caso, suspenda la ejecutividad de la resolución. Ello nos lleva a concluir que las resoluciones que dicta la entidad tienen naturaleza distinta, dependiendo del importe de la reclamación<sup>514</sup>:

- Cuando la entidad resuelva una reclamación por un importe inferior a 50.000 euros, la resolución tiene naturaleza administrativa en sentido estricto, dado que es vinculante, directamente ejecutiva y es recurrible por ambas partes ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De ahí que, a nuestro juicio, en estas resoluciones la entidad actúa más que como una entidad alternativa de resolución de conflictos en materia de consumo, como un órgano

---

<sup>513</sup> El mismo artículo 44 remite a la Ley 39/2015 para instar la ejecución forzosa de la resolución. Así, la entidad podrá instar la ejecución forzosa, previo apercibimiento a la entidad financiera (art. 99 LPAC), mediante el apremio sobre el patrimonio, la multa coercitiva (art. 100 LPAC), salvo la ejecución subsidiaria y la compulsión de personas, ambas excluidas expresamente por el artículo 44 del proyecto de Ley.

<sup>514</sup> Algo inaudito en España.

administrativo, porque la resolución que dicta tiene el carácter de acto administrativo;

— En cambio, cuando la entidad resuelve reclamaciones por un importe igual o superior a 50.000 euros, la resolución que dicta tiene la misma naturaleza que el informe al que hace la referencia la Orden ECC/2502/2012. No actuará pues la Autoridad Administrativa de Protección del Cliente Financiero como un órgano administrativo, sino como una entidad de resolución alternativa que ejerce las mismas funciones que realiza cualquier especialista en la materia al que se solicite un dictamen.

## **2. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL SECTOR AEROPORTUARIO**

### **2.1. Consideraciones previas**

El punto de partida para analizar la resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo es la Ley 7/2017. Esta ley hace referencia a este mecanismo extrajudicial, como un método de participación obligatoria para una de las partes. Sin embargo, esta es una de las excepciones de esta ley, dado que, como ya hemos señalado en distintas ocasiones, esta ley, con carácter general, ha optado por no forzar la utilización de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, limitándose a fomentarlos, al tiempo que establece una serie de requisitos y principios que resultan de aplicación a las entidades llamadas a resolver los conflictos para que obtengan la acreditación.

Así, aunque el legislador haya optado con carácter general por la participación voluntaria de las partes en los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo, no impide que una norma distinta pueda imponer a las partes, o a una de ellas —normalmente al empresario y, en este caso a las compañías aéreas—, la participación obligatoria en un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, con el único límite de que esa obligatoriedad, no conlleve para ninguna de ellas la exclusión de la vía judicial (*ex art. 9 LRACMC*).

La Ley 7/2017 prevé dos únicas Disposiciones adicionales en las que se prevén dos procedimientos es de participación obligatoria para la empresa contra la que se dirige la reclamación. La primera deberá estar regulada por una norma con rango de ley en el marco de las reclamaciones que presenten los usuarios de los servicios financieros, dejando cierto margen a la norma para que establezca si la decisión que ponga fin al procedimiento es de carácter o no vinculante para ambas partes o solo para una de ellas; y, la segunda, en cambio, tiene rango reglamentario, adoptando la forma de Orden Ministerial, a través de la cual se regulará el procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos en el sector aeroportuario<sup>515</sup>.

A renglón seguido, la Ley 7/2017 dirige un mandato a la persona titular del Ministerio de Fomento para que se regule el procedimiento de resolución alternativa de conflictos en el sector aéreo. En cumplimiento de este apartado 2º de la Disposición adicional segunda, el Ministro de Fomento presentó un proyecto de Orden Ministerial por la que se regulara el procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios del transporte aéreo establecidos en el ámbito de la Unión Europea, que fue sometido a información pública hasta el 24 de abril de 2018. Este proyecto de Orden Ministerial, siguiendo la línea propuesta por la Ley 7/2017, señala un procedimiento extrajudicial de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas, y de participación voluntaria y resultado no vinculante para los pasajeros y los gestores aeroportuarios.

Hasta que no entrara en vigor la Orden Ministerial, AESA debía acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, con el objetivo de ser acreditada como entidad especializada para resolver los conflictos en el sector del transporte aéreo (DA 2ª, ap. 3º).

En efecto, la Ley 7/2017 ha partido de entidades ya existentes en el momento de su entrada en vigor, atribuyendo a AESA la función de entidad especializada para llevar a

---

<sup>515</sup> En este sentido, la Disposición adicional segunda señala que para la resolución de los conflictos de consumo sobre la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo será acreditada y notificada a la Comisión Europea una única entidad, sin perjuicio de que las entidades de resolución alternativa de conflictos que ofrezcan procedimientos con resultado vinculante para el consumidor, requerirán que su creación o constitución se haya llevado a cabo por una norma con rango de ley o reglamentariamente (DA 2ª, ap. 1º, en relación con el art. 6.2 LRACMC).

cabo la resolución de conflictos en el sector del transporte aéreo. Ello nos lleva a señalar que no se ha creado una entidad *ex novo*, sino que la regulación trata de adaptar a AESA a los requisitos y principios proyectados en la Ley 7/2017.

Encontrándose en ciernes la aprobación del proyecto de Orden Ministerial de 2018, por el mandato establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, el 14 de marzo de 2020, el Gobierno decretó el estado de alarma en España para hacer frente a la pandemia sanitaria provocada por el Covid-19. Pandemia, que llevó al legislador español a la necesidad de realizar profundos cambios en el sector del transporte aéreo, pues la cancelación masiva de vuelos había provocado un aumento considerable de los conflictos entre los pasajeros con las compañías aéreas y los gestores aeroportuarios, tanto en sede extrajudicial, como en sede judicial.

Esta situación se hace más compleja, teniendo en cuenta la ingente normativa nacional e internacional que regula el transporte aéreo, pues, normalmente, la naturaleza de estos conflictos trasciende de las fronteras nacionales.

Estando así las cosas, el 20 de septiembre de 2020, entró en vigor la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el Ámbito de la Administración de Justicia<sup>516</sup> que, a través de la Disposición final sexta, otorga una nueva redacción a la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, viniendo a dar luz a algunas de las dudas que planteaban las reclamaciones extrajudiciales en el sector del transporte aéreo.

Es cierto que la Disposición final sexta de la Ley 3/2020 mantiene algunas reglas señaladas por la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, pero modifica otras. Entre ellas destacan las siguientes:

- En primer lugar, se mantiene la necesidad de que en la resolución alternativa de conflictos en los que resulten de aplicación los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, sea

---

<sup>516</sup> BOE, núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.

acreditada y notificada la entidad especializada (AESAs) a la Comisión Europea;

- En segundo lugar, se amplía la competencia de AESAs para conocer de aquellas reclamaciones que afecten a todos los pasajeros, aunque estos no tengan la condición de consumidores y ya esté la compañía establecida en la Unión Europea o fuera de ella;
- En tercer lugar, se mantiene que las entidades de resolución alternativa de conflictos que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, puedan conocer de estos conflictos, pero en este supuesto, el procedimiento será de participación voluntaria para ambas partes, y manteniendo la excepción de que las entidades que ofrezcan procedimientos con resultado vinculante para el consumidor, sean creadas o constituidas por una norma con rango de ley o reglamentario (DA 2ª, ap. 1 LMPOC);
- En cuarto lugar, se modifica la cartera ministerial responsable de esta regulación, que será la persona titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, el que dicte la Orden Ministerial que regule el procedimiento de resolución alternativa de conflictos en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, pero se mantiene que el procedimiento es de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas (DA 2ª, ap. 2 LMPOC);
- En quinto lugar, se introduce la necesidad de que la entidad acreditada ponga fin al procedimiento mediante decisión motivada. Sin embargo, si transcurre el plazo de 90 días naturales o, en su caso, el de 120 días, en los casos en los que el conflicto revista especial complejidad, se entenderá que la decisión de AESAs es desestimatoria de la reclamación formulada por el pasajero. Dicho de otra manera, el silencio de AESAs en el plazo indicado, conlleva que ha sido desestimada la reclamación del pasajero;
- En sexto lugar, se mantiene la participación voluntaria del pasajero en el procedimiento extrajudicial, esto es, la posibilidad de que se retire si no está satisfecho con su funcionamiento o tramitación, pero se introduce el deber de información de AESAs de este aspecto al inicio del procedimiento;
- En séptimo lugar, se concreta expresamente que la decisión adoptada por AESAs podrá ser impugnada por la compañía aérea, ante el juzgado de lo mercantil competente, cuando considere que aquella no es conforme a

Derecho, al tiempo que se especifica que, como para el pasajero no es vinculante la decisión, podrá ejercer las acciones civiles pertinentes frente a la compañía aérea. Se introduce que la impugnación de la decisión se deberá llevar a cabo mediante la presentación de la demanda por la compañía aérea a través de los cauces del juicio verbal, en el plazo de 2 meses desde su notificación o, si se ha solicitado corrección o aclaración, desde la notificación de la respuesta a esta solicitud o, en su caso, desde que expire el plazo de 10 días desde que la solicitud de corrección o aclaración, sin que AESA haya notificado a la compañía expresamente. Asimismo, se especifica que el pasajero podrá no comparecer en el proceso judicial, entendiéndose tácitamente que se remite a la decisión de AESA, al tiempo que exime a aquel de la condena en costas en todos estos casos (*ex* DA 2ª, ap. 3 LMPOC);

- En octavo lugar, se introducen las distintas posibilidades que pueden darse una vez que el director de AESA ha emitido la decisión. Caben dos posibilidades: (i) que la compañía aérea cumpla la decisión voluntariamente, en cuyo caso, deberá remitir a AESA el justificante del cumplimiento de la decisión tan pronto como lo haga, indicando, en su caso, si ha impugnado la decisión ante el juzgado competente; y, (ii) que la compañía aérea no cumpla la decisión voluntariamente, en cuyo caso, transcurrido 1 mes desde que se haya emitido la decisión, el pasajero podrá instar la ejecución ante el juzgado de lo mercantil competente, dado que la decisión debidamente certificada por AESA, tendrá la consideración de título ejecutivo extrajudicial, conforme a lo dispuesto en el ordinal 9º del artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (DA 2ª, ap. 4 LMPOC); y,
- En noveno lugar, se mantiene que hasta que la Orden Ministerial no entre en vigor, AESA deberá acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, con la finalidad de ser acreditada como entidad de resolución alternativa de conflictos en el sector del transporte aéreo (DA 2ª, ap. 5 LMPOC).

Como era de esperar, y dada la incidencia que ha tenido la declaración del estado de alarma en el sector aeroportuario tras la pandemia sanitaria provocada por el Covid-19, la Disposición final séptima de la Ley 3/2020, modifica de forma considerable la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017. No obstante, como vamos a analizar

seguidamente, estas modificaciones siguen dejando grandes incógnitas en este sector, pues queda claro que esta modificación es una medida legislativa adoptada tras la previsible avalancha de demandas presentadas por los pasajeros en sede judicial, a causa de la cancelación masiva de vuelos por parte de las compañías aéreas<sup>517</sup>.

## **2.2. Naturaleza jurídica**

La dificultad que entraña determinar la naturaleza jurídica de esta reclamación resulta de gran calado, pero sumamente importante, dado que para ello debemos conocer los efectos que tienen para las partes la decisión que dicte, en su caso, el director de AESA, así como conocer ante qué orden jurisdiccional cabe la impugnación de la resolución por ambas partes. Lógicamente, tenemos claro que la reclamación se inicia por el pasajero ante AESA, contra la compañía aérea o el gestor aeroportuario, por lo que el objeto de la reclamación es sin duda de naturaleza privada.

Sin embargo, lo que resultaba complejo inicialmente y no exento de error, es que la primera redacción otorgada de la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017 no señalaba ante qué orden jurisdiccional era posible impugnar dicha resolución.

Por su parte, el Proyecto de Orden Ministerial que elaboró el Ministro de Fomento, tampoco ayudó a despejar la duda de la naturaleza jurídica de este procedimiento extrajudicial, pues hace pensar que el procedimiento es de naturaleza administrativa, o, al menos, así se desprende del artículo 18 del proyecto de Orden Ministerial.

En este sentido, la Disposición final sexta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que modifica la Disposición adicional segunda, parece haber venido a dar un poco de luz a este dilema, pues atribuye la competencia al orden jurisdiccional civil, concretamente, al juzgado de lo mercantil, cuando sea la compañía la que pretende impugnar la resolución, sin perjuicio de las acciones civiles que pueda ejercitar el pasajero. Y nada señala la norma

---

<sup>517</sup> En la mayoría de los casos, las compañías aéreas ofrecieron a los pasajeros otras medidas compensatorias para no devolver el dinero de los vuelos que habían sido cancelados durante el estado de alarma. Esas medidas compensatorias consistían en la entrega de un bono, ofreciendo la posibilidad de que fuera utilizado por los pasajeros en un plazo cierto y con fecha de caducidad. Con el riesgo que ello conllevaba, dado el contexto de incertidumbre en el que nos encontrábamos, pues el estado de alarma podía prorrogarse, dando lugar a la caducidad del bono con la pérdida por parte de los pasajeros de las cantidades pagadas por los vuelos. De ahí, que este tipo reclamaciones se haya venido incrementado en sede judicial.

sobre la impugnación de la decisión por los gestores aeroportuarios, que entendemos que para ellos tiene los mismos efectos que para los pasajeros, no quedarán vinculados a ella, por lo que bastará con que no la cumplan, al menos extrajudicialmente. En este sentido, sería deseable que la futura Orden Ministerial que dicte el Ministro de Transportes Movilidad y Agenda Urbana, se pronunciara sobre estos efectos, y sería deseable que el tratamiento fuera el mismo que para las compañías aéreas.

Centrándonos en el proyecto de Orden Ministerial de 2018, del que sí disponemos datos, y que al modificarse la persona titular que dicta la Orden en 2020, entendemos que no va a llegar a aprobarse, hemos de indicar que varios son los indicios de que el procedimiento ante AESA es de carácter puramente administrativo<sup>518</sup>, pues así parece deducirse de los siguientes preceptos:

- En primer lugar, el proyecto de Orden Ministerial señala que el director de AESA tiene un plazo de 90 días naturales para resolver, a contar desde que el pasajero presenta la reclamación, o si lo hace a través de los medios electrónicos, desde que conste en soporte duradero que se ha recibido la documentación completa y necesaria para la tramitación del procedimiento (art. 18.2 POM), sin perjuicio de que este plazo podrá prorrogarse por el tiempo necesario para resolver, cuando en el conflicto concorra especial complejidad, o cuando no se hayan agotado los medios personales y materiales a los hacer referencia el artículo 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (art. 18.3 POM)<sup>519</sup>. De hecho, este precepto hace referencia al sujeto, con el término de

---

<sup>518</sup> En este sentido, BONACHERA VILLEGAS, “El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo”, en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (Jiménez Conde, dir. y Fuentes Soriano/González Cano, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 264.

<sup>519</sup> El artículo 23.1 de la Ley 39/2015 señala que: «1. Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el apartado 5 del artículo 21, el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser este superior al establecido para la tramitación del procedimiento. 2. Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno». Y, esta remisión al artículo 21.5 se refiere a la modificación de los plazos para que resuelva la Administración, cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de este, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir el despacho adecuado y en dicho plazo, esto es, para la resolución que dicta el director de AESA, de 90 días.



«*interesado*»; concepto este que, con carácter general, hace alusión a las relaciones que mantiene el ciudadano con las Administraciones públicas.

La prórroga del plazo de 90 días deberá acordarse, motivarse y notificarse a las partes, y no podrá ser superior al plazo de 90 días naturales previstos para la resolución. Si este plazo transcurriera sin que el director de AESA dicte la resolución, el pasajero o usuario pondrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo (art. 18.4 POM).

- En segundo lugar, la resolución de fondo que dicte el director de la AESA es vinculante e inmediatamente ejecutiva para la compañía aérea, debiendo esta hacerla efectiva en el plazo máximo de 1 mes desde la notificación de la resolución y acreditando tal circunstancia a AESA.

A renglón seguido, se señala que AESA es competente para iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador por infracción de las obligaciones que establece la Ley de Seguridad Aérea (art. 18.5 POM), a la que ya nos referimos cuando analizamos las funciones de AESA.

- En tercer lugar, el proyecto de Orden Ministerial señala que, las resoluciones dictadas por el director de AESA ponen fin a la vía administrativa, conforme a lo que señala el artículo 4 del Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea<sup>520</sup>, y frente a ellas solo cabrá recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición previsto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, debiendo interponerse ante AESA en el plazo máximo de 1 mes a contar desde el día siguiente de la notificación de la resolución (*ex art. 19.2 POM*).

Todas estas notas características del procedimiento extrajudicial nos llevan a plantearnos que tiene naturaleza administrativa, dado que la impugnación de la resolución del director de AESA se atribuye —según el artículo 19.2 del proyecto de Orden Ministerial— al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

---

<sup>520</sup> El apartado 1º del artículo 4, que lleva por rúbrica de las «*Disposiciones y actos administrativos*» señala lo siguiente: «*La Agencia dictará las normas internas necesarias para el cumplimiento de sus competencias, que podrán adoptar la forma de: a) Resoluciones del presidente de la Agencia*».

Sin embargo, no podemos afirmar que este procedimiento extrajudicial sea netamente administrativo, pues los efectos que tiene la resolución para las partes, no son los efectos que caracterizan a una resolución administrativa, al menos, en lo que respecta a los pasajeros o usuarios del transporte aéreo y a los gestores aeroportuarios, dado que para ellos la participación en el procedimiento es voluntaria y de resultado no vinculante [art. 8.2, letra *b*)], en tanto que para las compañías aéreas, sí es de participación obligatoria y resultado vinculante [art. 8.2, letra *b*)], y ni aun así podemos afirmar que tenga los efectos propios de una resolución administrativa.

A nuestro juicio, resulta necesario hacer algunas consideraciones en lo que respecta al proyecto de Orden Ministerial de 2018, por dos motivos:

- De un lado, porque si la intención del proyecto de Orden Ministerial era “administrativizar” las reclamaciones aeroportuarias, echamos en falta que hubiera previsto la posibilidad de instar el cumplimiento de la resolución mediante el procedimiento de apremio<sup>521</sup>; y,
- De otro, porque no entendemos por qué se le otorga un efecto distinto a los gestores aeroportuarios y a las compañías aéreas, siendo estos la parte pasiva del procedimiento. Y, dicho sea de paso, tampoco entendemos que confiera un tratamiento distinto a los pasajeros. Es cierto que la normativa extrajudicial pretende protegerlos en mayor medida, pero nos parece desproporcionado que los efectos sean tan distintos, cuando precisamente las normas de consumo pretenden equilibrar las posiciones de las partes, pero sin que ello conlleve un desequilibrio tan grande como el que exponemos para las compañías aéreas. De hecho, parece que, en este procedimiento extrajudicial, el director de AESA está ejerciendo simultáneamente dos funciones distintas: (i) una función que se asemeja sustancialmente a la mediación, porque así son los efectos para el pasajero y para el gestor aeroportuario; y (ii), una función que se asemeja sustancialmente a los efectos de un laudo arbitral, ¿para las compañías aéreas, pero que tampoco podemos calificarlo como tal, dado que cabe la impugnación

---

<sup>521</sup> En este mismo sentido, BONACHERA VILLEGAS, R., “El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo”, *op. cit.*, p. 265.

de la resolución en vía judicial, sin que estos motivos de impugnación estén tasados, tal y como sucede en el arbitraje.

Asimismo, cabe plantearse si para las compañías aéreas la resolución tiene la consideración de acto administrativo. Entendemos que no, aunque para ellas tenga efectos vinculantes. Tanto es así, que la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, tras su modificación, atribuye la competencia objetiva para conocer de la impugnación de esta resolución al juzgado de lo mercantil y, por ende, a la jurisdicción civil.

Por otra parte, hemos de cuestionarnos que función desarrolla AESA en este procedimiento, pues es cierto que la resolución que dicte el director no es un acto administrativo, pero ello no quiera decir que siempre sea así, dado que, como ya se señaló, el Proyecto de Orden atribuye la competencia a AESA para iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador por la infracción de las obligaciones señaladas en la Ley 21/2003, de 7 de julio. Procedimiento sancionador que, entendemos, se puede abrir tras la modificación de la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, dado que no se han modificado las normas que rigen el estatuto de AESA y su funcionamiento<sup>522</sup>.

En efecto, AESA sigue siendo una entidad de naturaleza pública que tiene competencia para iniciar un procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, entendemos que el proyecto de Orden Ministerial de 2018 incita a error, por cuanto atribuye la competencia para la impugnación del director de AESA al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a pesar de que los efectos para las partes no eran los propios de un acto administrativo. Ello nos lleva a concluir que AESA realiza dos funciones netamente diferenciadas, que el proyecto de Orden Ministerial no tuvo en cuenta:

---

<sup>522</sup> Estas sanciones serán graduales en función de la gravedad de la infracción, que pueden ser: graves, *v. gr.*, causar un incidente grave de aviación [art. 44.2, a) LSA] o el incumplimiento de las decisiones emitidas por AESA en relación con las reclamaciones de los pasajeros formuladas al amparo del Reglamento (CE) 261/2004, del Parlamento y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos [(art. 45 bis 1 LSA), DOUE, núm. 46, de 17 de febrero de 2004]; muy graves, *v. gr.*, cuando se haya causado la muerte de una persona [art. 44.3, b)], o cuando se cause la suspensión no justificada de la prestación de los servicios aeronáuticos [art. 44.3, d) LSA]; o, leves, *v. gr.*, el incumplimiento del deber de traslado del equipaje facturado o de la obligación de expedir al pasajero el documento que acredite la facturación de su equipaje (art. 45.1, ap. 3º LSA), o el cumplimiento tardío o defectuoso de las decisiones emitidas por AESA en relación con las reclamaciones de los pasajeros formuladas al amparo del Reglamento 261/2004 (art. 45 bis 2 LSA), entre otras infracciones.

- Por un lado, realiza la función de entidad especializada en la resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo; y,
- De otro, realiza la función de entidad de supervisión, por lo que tiene atribuida la competencia para el inicio de procedimientos administrativos sancionadores por las infracciones que comentan las compañías aéreas, que se encuentran tipificadas en la Ley de Seguridad Aérea. No obstante, no parece ser competente para sancionar a los gestores aeroportuarios, dado que el artículo 18.6 del proyecto de Orden Ministerial señala que el gestor aeroportuario en el plazo de 1 mes, deberá informar a AESA de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la resolución o, en su caso, de las circunstancias que le han impedido hacerlo y la fecha prevista para su cumplimiento, pero no se señala que su incumplimiento de lugar a la iniciación de oficio por parte de AESA de un procedimiento administrativo sancionador, situación que sí acontece respecto a las compañías aéreas (*ex art. 18.6 POM*).

La doble función de AESA lleva consigo que pueda dictar dos tipos de resoluciones distintas: de un lado, una resolución que contenga la solución de un conflicto entre los pasajeros con las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios, cuya impugnación no ha de corresponder a los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo, sino a los del orden civil<sup>523</sup> y, más concretamente, al juzgado de lo mercantil competente, sin perjuicio de las acciones civiles que ejercite el pasajero frente a la compañía aérea (en virtud de la DA 2ª, ap. 3º, modificada por la LMPOC)<sup>524</sup>; y, de otro, una resolución que

<sup>523</sup> En el mismo sentido, PÉREZ DAUDÍ, V., “La imposición *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>524</sup> En este sentido, entendemos que el legislador ha optado por atribuir la competencia por razón del objeto al juzgado de lo mercantil, dado que el artículo 86 *ter* 2, letra *a*) de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden civil cuando se trate de pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, sea nacional o internacional. Así las cosas, el Gobierno, aprueba el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, que deja sin contenido el artículo 86 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 26); al tiempo que da una nueva redacción al artículo 87 (art. 27). Concretamente, señala en el apartado 6, *a*), que los jueces y magistrados de las Secciones de lo Mercantil conocerán de las cuestiones de competencia del orden jurisdiccional civil que se promuevan al amparo de la normativa de transportes nacional o internacional. Como excepción, los jueces y magistrados de las Secciones de lo Mercantil no serán competentes para conocer de las cuestiones previstas en el Reglamento 261/2004. De ahí, que a fecha de la entrada en vigor del Anteproyecto, la competencia para conocer de estas quejas y reclamaciones se atribuya a los Juzgados de Primera Instancia, para aliviar la carga de los Juzgados de lo Mercantil, con la finalidad de conseguir celeridad y eficiencia procesal.

Finalmente, el 14 de enero de 2022, el Anteproyecto se ha convertido en el proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de los Juzgados de lo Mercantil. En este

contenga, en su caso, un acto administrativo sancionador, de cuya impugnación conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de la compañía aérea de interponer recurso potestativo de reposición ante AESA en el plazo de 1 mes a contar desde el día siguiente al que le sea notificada la resolución.

Como epílogo de este apartado, concluimos que las reclamaciones que presenten los pasajeros frente a AESA y que se dirijan frente a las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios son de naturaleza *seudo-administrativa*, puesto que aquellos presentan la reclamación ante una entidad de naturaleza pública, el procedimiento se asemeja sustancialmente a las reclamaciones administrativas, pero no despliega los efectos para las partes de un acto administrativo en sentido estricto, como tampoco es posible su impugnación en un recurso contencioso-administrativo, pues no podemos olvidar que el conflicto por el que se plantea la reclamación deriva de un contrato privado entre los pasajeros y las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios.

### **2.3. El proyecto de Orden Ministerial tras la reforma operada por la Ley 3/2020**

A continuación, vamos a analizar el posible contenido del proyecto de Orden Ministerial del Ministerio de Fomento, teniendo en cuenta las futuras modificaciones que deberán incorporarse tras la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

#### **2.3.1. Ámbito de aplicación**

La Orden Ministerial de 2018 resultaría de aplicación al procedimiento a desarrollar ante AESA como entidad de resolución alternativa de conflictos en el sector aeroportuario, acreditada y notificada a la Comisión Europea de conformidad con lo previsto en la Ley 7/2017, cuando los pasajeros o usuarios presenten quejas o

---

sentido, el artículo único, apartado seis, modifica el artículo 86 *bis* de aquella norma, excluyendo la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las demandas relativas al transporte aéreo que versen sobre los daños derivados de la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado previstas en el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, así como las que incluya el Reglamento 261/2004. Si bien, ha de señalarse que por el momento, es la Ley 3/2020 la que está vigente y, por ende, es la que se aplica, dejando también de lado muchos de los preceptos que regula el proyecto de Orden Ministerial de 2018. Y es que, por mucho que contemos con todos estos anteproyectos y proyectos que hemos señalado, por ahora no resultan de aplicación. Mientras tanto, estamos a la espera de la futura Orden Ministerial que se dictará *ex novo* por el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

reclamaciones frente a las compañías aéreas y los gestores aeroportuarios, tanto en vuelos nacionales como transfronterizos, que surjan respecto de la aplicación de los Reglamentos que regulan el transporte aéreo (art. 3.1 POM).

De esta forma, el ámbito de aplicación del proyecto de Orden Ministerial se proyecta en tres ámbitos concurrentes: un ámbito territorial, un ámbito subjetivo y un ámbito objetivo.

### **A) Ámbito territorial**

Desde un punto de vista territorial o espacial el Proyecto de Orden resultará de aplicación a los procedimientos llevados a cabo ante AESA, que debía ser acreditada y notificada a la Comisión Europea.

El primer problema que hemos observado en este sector es que la Ley 7/2017 parte de AESA, una entidad que ya estaba en funcionamiento y que ya existía con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma. Y, es ella la que debe acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo que prevé la Ley 7/2017 con el fin de poder ser acreditada como entidad de resolución alternativa de conflictos en el sector del transporte aéreo (*ex DA 2ª*, ap. 5 LMPOC). Sin embargo, AESA, no aparece en el listado de entidades acreditadas<sup>525</sup>, luego no ha sido notificada aún a la Comisión Europea.

Ello puede significar que AESA aún no cumple con las exigencias de la Disposición adicional segunda; aunque es cierto que el precepto no señaló cuál era la fecha máxima en la que AESA debía obtener la acreditación.

Por otra parte, cabe señalar que el proyecto de Orden extiende el ámbito territorial de la competencia de AESA tanto a los conflictos nacionales como transfronterizos. No obstante, en tanto AESA no obtenga la acreditación por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición cabe plantearse qué tipo de conflictos puede resolver. Y es que, la Ley 7/2017 permite la coexistencia de entidades acreditadas como no

---

<sup>525</sup> Puede consultarse el listado de entidades notificadas en el siguiente enlace: <https://www.mscbs.gob.es/consumo/rac/listadoEntNotCEuAutCEs.htm> (consulta: 12 de enero de 2022).

acreditadas, salvo que se trate de conflictos de carácter transfronterizo, en cuyo caso sí deberán estar necesariamente acreditadas; de ahí que entendamos que AESA debería haber obtenido la acreditación, dado que resuelve también conflictos de carácter transfronterizo.

A mayor abundamiento, AESA no tiene competencia para conocer de todos y cada uno los conflictos que surjan en el sector del transporte aéreo, pues solo podrá conocer de las siguientes reclamaciones:

- Si las reclamaciones del pasajero o usuario versan sobre compensación y asistencia a los pasajeros en caso de denegación de embarque, cancelación o de retraso de vuelos conforme al Reglamento 261/2004 de 11 de febrero, en cuyo caso, AESA podrá conocer si los pasajeros parten de un aeropuerto situado en territorio español, y siempre que la reclamación se dirija frente a los gestores aeroportuarios situados en territorio español; o bien, partan de un aeropuerto situado en un país que no sea miembro de la Unión Europea con destino a otro situado en territorio español, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese país no perteneciente a la Unión Europea, en los supuestos en los que la compañía operadora sea una compañía aérea comunitaria [*ex art. 3, letra a), aps. 1º y 2º*]; y,
- Si las reclamaciones de los pasajeros versan sobre el acceso al servicio aéreo de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, conforme al Reglamento 1107/2006<sup>526</sup>, en cuyo caso, la competencia de AESA se extenderá a las reclamaciones que presenten estos pasajeros cuando utilicen o pretendan utilizar vuelos comerciales de pasajeros que salgan de los aeropuertos situados en territorio español, lleguen a estos aeropuertos o transiten por ellos; o bien, cuando la reclamación se dirija frente gestores aeroportuarios situados en territorio español, *v. gr.*, cuando la reclamación verse sobre la prohibición de denegar embarque a una persona con discapacidad o movilidad reducida, siempre que la persona disponga de un billete válido o de reserva [*ex art. 3.1, b)*]. Incluyendo, las reclamaciones

---

<sup>526</sup> Reglamento (CE), n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DOUE, núm. 204, de 26 de julio de 2006).

llevadas a cabo por una persona con discapacidad, cuando estas partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro aeropuerto situado en un Estado miembro, sujeto a las disposiciones del tratado en los que la compañía operadora sea europea.

La competencia territorial de AESA es lo suficientemente amplia como para abarcar a las reclamaciones que presente un pasajero con discapacidad o movilidad reducida cuando el pasajero salga de un aeropuerto que no pertenece a la Unión Europea, si el aterrizaje se produce en un territorio español y la compañía con la que opera el pasajero pertenece al ámbito europeo [*ex art. 3.1, b), aps. 1º y 2º y 3.2 POM*].

No obstante, si el conflicto versa sobre la negativa a embarcar debido al incumplimiento de los requisitos que señala el Programa Nacional de Seguridad Aérea para la Aviación Civil, o al incumplimiento de la normativa que regula los requisitos documentales para confirmar la identidad del pasajero que embarca, la competencia de AESA solo se extenderá a las reclamaciones que presenten estos pasajeros cuando el vuelo parta de un aeropuerto situado en territorio español.

## **B) Ámbito objetivo**

Como hemos hecho referencia, AESA tiene limitadas las materias sobre las que tiene competencia para resolver. De hecho, el ámbito material no está pormenorizado en el proyecto de Orden Ministerial, pues más bien este tiene por objeto regular el procedimiento de resolución de conflictos sobre la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo.

Así, AESA podrá conocer de las reclamaciones que surjan en aplicación del Reglamento 261/2004, que son: las que versen sobre denegación de embarque, cancelación de vuelos, retrasos de más de dos horas —teniendo en cuenta el tramo de distancias—, las que versen sobre derechos de compensación, derechos a la atención, derechos de reembolso, derechos a un transporte alternativo, cambio de clase, personas con movilidad reducida o necesidades especiales, derechos de compensación suplementaria y derechos de compensación.



Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el Reglamento 1107/2006, AESA conocerá de las reclamaciones que versen sobre discriminación, falta de información, asistencia o cualquier otra práctica que menoscabe los derechos de acceso a las personas con discapacidad o movilidad reducida al servicio aéreo o aeroportuario.

Excluyéndose expresamente de su ámbito material, aunque estén relacionadas con el servicio aeroportuario, las reclamaciones cuyo objeto verse sobre las siguientes materias: sobre los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte [art. 4, letra *a*)]; sobre las cláusulas y prácticas abusivas en el contrato de transporte aéreo u otra documentación relacionada con el transporte [art. 4, letra *b*)]; sobre las prácticas comerciales desleales, sobre la publicidad o información precontractual o contractual [art. 4, letra *c*)]; sobre la protección de datos de carácter personal [art. 4, letra *d*)]; y, las reclamaciones de los usuarios en base al Reglamento 2027/97<sup>527</sup>, es decir, las reclamaciones que versen sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, las relativas a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, así como las que versen sobre destrucción, pérdida, avería o retraso de los equipajes facturados en base a cualquier otra norma o convención [art. 4.1. *e*)].

Por último, van a quedar fuera del ámbito de aplicación material todas las demás reclamaciones que versen sobre el artículo 3, apartado 2 de la Ley 7/2017 (*ex. art. 4.1. f*)]. Entendemos que esta remisión a las exclusiones que realiza la Ley 7/2017, se refieren a las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, se excluye la negociación directa entre consumidor y empresario. En el sector del transporte aéreo, entendemos que se refiere a la exclusión de la reclamación previa que obligatoriamente debe realizar el pasajero ante la compañía aérea o gestor aeroportuario con carácter previo a la iniciación del procedimiento extrajudicial (art. 7.1 POM);
- En segundo lugar, se excluyen los procedimientos extrajudiciales iniciados por los empresarios con los consumidores. Ello se traduce en la exclusión de los procedimientos extrajudiciales que inicie la compañía aérea o el gestor

---

<sup>527</sup> Reglamento (CE), n.º 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (DOCE, núm. 285, de 17 de octubre de 1997).

aeroportuario frente a los pasajeros. Por ello, cabe decir que este procedimiento es de carácter *unidireccional*, dado que podrá iniciarse por el pasajero frente a la compañía aérea o gestor aeroportuario, pero no a la inversa;

- En tercer lugar, los procedimientos ante sistemas de resolución gestionados por los empresarios u oficinas y servicios de información y de atención al cliente de las compañías aéreas;
- En cuarto lugar, los conflictos entre empresarios. Entendemos que se refiere a los conflictos que puedan surgir entre compañías aéreas o de las mismas con los gestores aeroportuarios; y,
- Los intentos o actuaciones en el seno de un proceso judicial con el fin de que las partes solucionen el litigio;
- En cuanto a las 3 últimas reclamaciones que se excluyen del proyecto de Orden Ministerial, esto es, las reclamaciones que se refieran a servicios no económicos de interés general; las reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario con el fin de evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, la extensión de recetas, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios; y, las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza complementaria y superior. Lógicamente, quedan excluidos del ámbito material, dado que ni siquiera guarda relación con las reclamaciones en el sector del transporte aéreo.

### **C) Ámbito subjetivo**

El ámbito de aplicación subjetivo de aplicación del proyecto de Orden Ministerial de 2018. se extiende a las reclamaciones que presenten los pasajeros o usuarios del transporte aéreo ante AESA, frente a los gestores aeroportuarios o frente a las compañías aéreas.

Por un lado, el Proyecto de Orden define el concepto de pasajero o usuario como, toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, a los que les resulte de aplicación los Reglamentos resulte de aplicación los Reglamento 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque o gran retraso de los

vuelos, y el Reglamento sobre derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo [art. 2.1, letra a), ap. 1º y 2º POM].

Posteriormente, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre ha ampliado la competencia de AESA, para conocer también de las reclamaciones de todos los pasajeros, aunque estos no tengan la condición de consumidores y ya esté la compañía establecida en la Unión Europea o fuera de ella (*ex* DF 6ª LMPOC, que modifica la DA 2ª, ap. 1 LRACMC).

Ha de señalarse que esta es una peculiaridad en la normativa de consumo, dado que la Ley 7/2017, solo incluye en su vertiente activa, a las reclamaciones iniciadas por un consumidor frente a un empresario y, salvo error u omisión por nuestra parte, el resto de los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo, tampoco incluyen las reclamaciones que inicien otros sujetos que no tengan la consideración de consumidores<sup>528</sup>.

Como esta ampliación se llevó a cabo con la Ley 3/2020, no está aún acogida en el proyecto de Orden Ministerial, por lo que, *de lege ferenda* entendemos que deberá tenerse en cuenta en la futura Orden Ministerial, pues este es más restrictivo que la nueva redacción otorgada a la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017. que el anterior proyecto es mucho más restrictivo. Y, aunque este último, lógicamente, no acoge a las personas jurídicas —tal y como lo hace la Ley 7/2017—, sí ha optado por incluir a cualquier usuario del transporte aéreo, tenga o no la condición de consumidor, por lo que, según el ámbito de aplicación de la disposición, un pasajero que tenga la condición de empresario también entrará dentro del ámbito de aplicación tras esta modificación<sup>529</sup>.

Quizás, esta inclusión de los sujetos que no tengan la consideración de consumidores no ha sido fortuita, pues parece que la intención del legislador ha sido extender el ámbito de competencia de AESA para que pueda conocer de las reclamaciones que presenten todos los pasajeros y evitar el colapso de la vía judicial, ante la avalancha de demandas

---

<sup>528</sup> DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., La resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo tras la Ley 3/2020 de medidas procesales para hacer frente al Covid-19, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55, 2021, p.12.

<sup>529</sup> Para el resto de las definiciones el proyecto de Orden Ministerial se remite a lo señalado por la Ley 7/2017 (art. 2.2 POM)

presentadas en esta materia en vía judicial, a causa de la cancelación masiva de vuelos provocada por el Covid-19.

Es cierto, que no vemos impedimento para que AESA pueda conocer de todas las reclamaciones que presenten los pasajeros, tengan o no la condición de consumidor, pero los que no ostenten tal condición, no estarán amparados por la Ley 7/2017. Quizás, en este sentido, la intención del legislador ha sido atribuir a todos los pasajeros la condición de consumidor.

En lo que respecta a la parte pasiva, el proyecto de Orden Ministerial señala que las reclamaciones las inician los pasajeros frente a o frente a las compañías aéreas los gestores aeroportuarios, por lo que, como se señaló en líneas precedentes, es de carácter unidireccional, puesto que no incluyen las que se inicien a la inversa.

Por otra parte, el proyecto de Orden Ministerial de 2018 confiere un tratamiento distinto a los sujetos pasivos del procedimiento, en cuanto a los efectos que tiene para ellos la resolución que dicte, en su caso, el director de AESA. De tal modo, que no solo confiere un tratamiento distinto para la parte activa de procedimiento, es decir, para los pasajeros, sino también para los reclamados. Tanto es así que, para los gestores aeroportuarios, el procedimiento es de aceptación voluntaria y de resultado no vinculante, en tanto es de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas.

Distinción que no entendemos del todo. En este sentido, coincidimos con Bonachera Villegas, en que esta diferenciación, quizás, se fundamente en el hecho de que AENA, que es una empresa de naturaleza pública, es el gestor que opera en todos los aeropuertos españoles. Sea como fuere, entendemos que el procedimiento debería haber tenido los mismos efectos para ambos sujetos reclamados<sup>530</sup>.

---

<sup>530</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo, *op. cit.*, p.261.

### 2.3.2. Procedimiento

Como ya es sabido, el procedimiento extrajudicial se inicia a instancia de los pasajeros o usuarios del transporte aéreo ante AESA, frente a la parte reclamada, que puede ser una compañía aérea o un gestor aeroportuario.

La reclamación puede presentarse electrónicamente<sup>531</sup>, a través de la sede electrónica, o bien en papel, a través de cualquier oficina de registro o de las oficinas de correos (art. 9.1 POM)<sup>532</sup>. Para ello, podrán utilizarse los formularios normalizados que adopte AESA. La reclamación deberá contener como mínimo los contenidos del artículo 9 del proyecto de Orden Ministerial, que son:

- En primer lugar, el nombre y los apellidos del pasajero y, en su caso, los del sujeto que lo represente;
- En segundo lugar, La identificación del medio electrónico utilizado o, en su caso, del lugar físico a efectos de notificaciones. Para ello, los pasajeros podrán indicar su correo o dispositivos electrónicos, con la finalidad de que la Administración competente les notifiquen el envío o la puesta a disposición de la decisión que se dicte;
- En tercer lugar, la exposición de los hechos, el objeto de la reclamación y la petición de forma clara y concisa;
- En cuarto lugar, la fecha, el lugar, así como la firma del reclamante o acreditación de la autenticidad de su voluntad, por cualquiera de los sistemas admitidos por AESA.

En lo que respecta a la obligación información que corresponde a AESA, para garantizar el conocimiento por el reclamante antes de firmar la reclamación y presentarla, el artículo 9.3 señala la obligación de que el impreso o formulario normalizado contenga

---

<sup>531</sup> En este sentido, el proyecto de Orden Ministerial indica que cuando se trate de conflictos que entren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 523/2013, se entenderá que en todo caso que la transmisión entre la plataforma europea de resolución de conflictos en línea prevista en el Reglamento y AESA, cumple con los requisitos formales para llevar a cabo el procedimiento que señala el proyecto de Orden, especialmente, en lo que respecta a la identificación del pasajero y los requisitos señalados para las comunicaciones y notificaciones (*ex art. 9.5 POM*).

<sup>532</sup> El régimen jurídico a aplicar para la presentación de la reclamación por medios electrónicos es el de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art 9.1 POM).

las garantías específicas de información que señala el artículo 14.1 de la Ley 7/2017. Así, el formulario deberá contener los siguientes extremos:

- En primer lugar, que las partes pueden retirarse del procedimiento en cualquier momento, cuando no estén satisfechas con su tramitación o su funcionamiento;
- En segundo lugar, que no están obligados a aceptar la solución que proponga AESA, y de los efectos jurídicos que tiene la aceptación o el rechazo;
- En tercer lugar, que la participación en el procedimiento extrajudicial no excluye la posibilidad de presentar la demanda en sede judicial, así como que el órgano judicial, en su caso, no estará vinculado a la propuesta que dicte AESA; y,
- En cuarto lugar, el formulario deberá contener la información de que el reclamante puede disponer de un plazo de reflexión que no sea inferior a 3 días hábiles, a contar desde que se reciba la propuesta, antes de prestar su consentimiento a la solución propuesta.

Lógicamente, el apartado 3 del artículo 14, tiene en cuenta los procedimientos que finalicen con resultado vinculante para las partes, como sucede en el sector del transporte aéreo para las compañías aéreas. Por ello, señala que, si de conformidad con la norma que resulte de aplicación, la solución que pone fin al procedimiento es vinculante para el empresario, a causa de la aceptación por el consumidor de la propuesta de solución, las garantías de información a las que hemos hecho referencia se entenderán referidas exclusivamente al consumidor.

Haciendo una interpretación flexible y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación subjetivo tan especial de este procedimiento y los distintos efectos que tiene para las partes, debemos concluir que el artículo 14.1 de la Ley 7/2017 solo se aplica a los pasajeros que sí tengan la condición de consumidores, y no para el resto; y, también a los gestores aeroportuarios, pero no a las compañías aéreas, dado que, si el pasajero acepta la solución propuesta, deviene vinculante para ella.

El pasajero, por su parte, podrá adjuntar a la reclamación la acreditación de haber intentado previamente la reclamación directamente con la compañía aérea o el gestor aeroportuario, y, en su caso, la respuesta de la misma; y, el documento que acredite la

contratación del servicio por el que se reclama, esto es, la copia del contrato, el billete, la tarjeta de embarque o, cualquier documentación que el pasajero considere oportuna (art. 9.4 POM).

A continuación, en los supuestos en los que la reclamación no reúna los requisitos que hemos señalado, se le concederá al pasajero un plazo de 10 días hábiles para que subsane, bien la falta de alguno de los requisitos, o bien para que adjunte alguno de los documentos obligatorios, informándole de que, si no lo hace, se le tendrá por desistido de la reclamación, previa resolución al efecto (art. 10 POM).

Como suele ser lo habitual en los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, las partes no están obligadas a comparecer asistidas por abogado o asesor jurídico, sin perjuicio de que, si optan por valerse de ellos, deberán notificarlo a AESA dentro de los 3 días siguientes a la presentación de la reclamación, en el caso del pasajero, o de su recepción, en el caso de la compañía aérea (art. 14.1 POM).

Por otra parte, el proyecto de Orden Ministerial señala expresamente, las causas que pueden dar lugar a la inadmisión a trámite de la reclamación (art. 11), que son:

- Como causa universal en los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo, se señala como primera causa de inadmisión a trámite, la falta de la reclamación previa ante la compañía aérea o el gestor aeroportuario<sup>533</sup>, o bien que no se acredite haberlo intentado sin efecto por causas no imputables al pasajero. En cambio, la reclamación deberá admitirse en todo caso, si hubiera transcurrido más de 1 mes desde que el pasajero (consumidor) presentó la reclamación a la parte reclamada y esta no le hubiera notificado si acepta o no la reclamación.

---

<sup>533</sup> La reclamación previa contra la compañía aérea o el gestor aeroportuario se regula con carácter obligatorio para el pasajero (*ex art. 7.1 POM*). Por su parte, la parte reclamada, a tenor del artículo 21 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, deberá asegurar que el pasajero (consumidor) tenga constancia de su presentación, dándole una respuesta a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en el plazo máximo de 1 mes (art. 7.2 POM). De hecho, en caso de que no prospere la reclamación directa ante el reclamado, esta no haya sido resuelta, o no satisfaga las pretensiones del pasajero, la parte reclamada deberá informarle de si se encuentran adheridos a alguna entidad de resolución alternativa de conflictos, bien en España, bien en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea; al tiempo que le deberán informar de la posibilidad de presentar la reclamación ante AESA (art. 7.3 POM, en relación con el art. 40 LRACMC).

- En segundo lugar, cuando la reclamación sea manifiestamente infundada o verse sobre materias que no están incluidas en el ámbito de aplicación del procedimiento;
- En tercer lugar, cuando la reclamación ya haya sido resuelta o esté pendiente de resolución ante un órgano judicial, ante el Sistema Arbitral de Consumo o el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad por razón de discapacidad, según el objeto de la reclamación, salvo que se haya acordado por las partes la suspensión de estos procedimientos, a resueltas de la propuesta de solución que dicte el director de AESA; y,
- En cuarto lugar, cuando la reclamación se interponga ante AESA, pasado 1 año desde que se interpuso la reclamación directa al reclamado o a su servicio de atención al cliente, con el mismo objeto.

Así pues, cuando concurra alguna de estas circunstancias, el órgano competente declarará la inadmisión a trámite de la reclamación. Inadmisión, que deberá ser motivada y notificada al pasajero en el plazo de 21 días naturales desde que se tuvo constancia de la recepción de la reclamación (art. 11.2 POM).

Contra la inadmisión a trámite de la reclamación, el pasajero puede plantear recurso potestativo de reposición de conformidad con lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Transcurrido este plazo sin que se dicte resolución, se podrá entender desestimado el recurso, sin perjuicio de que su resolución pone fin a la vía administrativa (art. 11.3 POM).

Cuando no se dé ninguna de las causas de inadmisión a trámite de la reclamación, el procedimiento proseguirá, dando paso a la audiencia del reclamado, salvo que se acuerde, de oficio, o a instancia de parte, la acumulación de los procedimientos que guarden identidad sustancial o íntima conexión, entendiéndose que concurren estas circunstancias cuando las reclamaciones acumuladas estén basadas en los mismos hechos, no siendo posible recurrir el acuerdo la decisión por la que se acuerda la acumulación (art. 15.1 POM).



Una vez acordada, en su caso, la acumulación de los procedimientos<sup>534</sup>, comienza el trámite de audiencia a la compañía aérea o gestor aeroportuario, dándole traslado de la reclamación y documentada presentada por el pasajero, concediéndole un plazo de 21 días naturales para que formule las observaciones pertinentes, o proponga las pruebas oportunas.

Si transcurre el plazo señalado sin que el reclamado haga valer sus derechos, se le tendrá por desistido, y se procederá a dar trámite de audiencia al interesado por un plazo de 10 días hábiles, para que formule las alegaciones o presente los documentos que estime oportunos, o bien para que proponga otros medios de prueba de los que intente hacerse valer; si no lo hace en el plazo señalado, se le tendrá por decaído del trámite. Y todo ello, sin perjuicio de que, en este procedimiento, podrá prescindirse del trámite de audiencia al interesado, es decir, del pasajero, conforme a lo previsto en el artículo 82, apartado 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (art. 16 POM).

A continuación, se llevará a cabo la práctica de la prueba, previo pronunciamiento por parte de AESA sobre la admisión de su práctica, pudiendo acordar de oficio, la práctica de otras pruebas complementarias que considere necesarias para emitir una decisión (art. 17.1 POM).

Los gastos ocasionados a causa de las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por la parte que las propuso, y las comunes o coincidentes por mitad, en tanto que las pruebas propuestas de oficio por AESA, serán sufragadas por ella misma, en función de los presupuestos de los que disponga (art. 17. 2 POM).

Llevada a cabo la práctica de las pruebas admitidas, si fuera necesario garantizar los principios de igualdad y contradicción de las partes, se dará un nuevo trámite de audiencia a las partes por un plazo de 10 días hábiles, que será improrrogable. Cumplido dicho

---

<sup>534</sup> La posibilidad de que se tramiten conjuntamente varias reclamaciones no va ligada a la posibilidad de que se ejerciten acciones colectivas en este procedimiento extrajudicial a modo en el que se llevan a cabo las acciones colectivas en sede judicial.

plazo, el director de AESA resolverá lo que proceda en cumplimiento de los Reglamentos de la Unión Europea, determinado las medidas a adoptar conforme a ellos.

El plazo para que el director dicte una resolución será de 90 días naturales, a contar desde la fecha en la que se presentó la reclamación o, en su caso, desde la fecha en la que se tuvo constancia en soporte duradero, si la reclamación se presentó electrónicamente (art. 18.2 POM). Dicho plazo podrá ser prorrogado por el tiempo imprescindible, cuando en el conflicto sea de especial complejidad, o cuando no existan o se hayan agotado los medios personales y materiales que señala la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a los que ya nos referimos anteriormente; siendo necesario que esta prórroga sea acordada motivadamente y notificada a las partes, no pudiendo ser superior al plazo de 90 días previsto para dictar la resolución (art. 18.4 POM).

Si transcurrido el plazo señalado, el director de AESA no ha dictado una resolución, se entenderá que la reclamación ha sido desestimada por silencio administrativo (art. 18.3 POM).

Como ya señalamos anteriormente, no estamos muy de acuerdo en que se haya “administrativizado” este procedimiento, pues la resolución que dicte el director de AESA no es de carácter administrativo, ni tampoco su impugnación será en vía administrativa, tal y como señala el proyecto de Orden Ministerial, sin perjuicio de que el incumplimiento de la resolución dé lugar a la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador. De este procedimiento sancionador que se dicte en su caso, cuando la compañía aérea no cumpla la resolución dictada por AESA o la cumpla de forma tardía, sí podrá derivar una sanción de naturaleza administrativa.

Si en cambio, se dictase una decisión, la resolución es vinculante e inmediatamente ejecutiva para la compañía aérea, que deberá hacer efectiva la resolución en el plazo máximo de 1 mes desde que reciba la notificación por AESA, debiendo acreditar tal circunstancia a la entidad.

En el supuesto de que la compañía aérea no acredite el cumplimiento de la resolución en el plazo indicado, podrá dar lugar a un procedimiento administrativo sancionador por

la infracción que señala la Ley de Seguridad Aérea, para la protección de los derechos de los usuarios en el sector aeroportuario (art. 18.5 POM).

En efecto, la iniciación del procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento de la compañía aérea sí es un procedimiento administrativo puro, bien diferenciado de la resolución extrajudicial que dicte el director de AESA, dado que son 2 procedimientos distintos que darán lugar a dos resoluciones distintas: una resolución que resuelva el procedimiento extrajudicial, que tendrá naturaleza civil; y, otra resolución administrativa que, en su caso, inicie o el director de AESA. Lógicamente, la iniciación del expediente sancionador se iniciará o no, dependiendo de la actuación que lleve a cabo la compañía, esto es, si incumple la resolución o, si cumple de forma tardía.

Y, contra esa propuesta que acuerde la correspondiente sanción a la compañía aérea, sí cabrá recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la compañía de interponer el recurso potestativo de reposición ante AESA en el plazo de 1 mes, conforme al ya mencionado artículo 123 de la Ley 39/2015.

De hecho, como ya se señaló cuando analizamos la naturaleza jurídica de la resolución de AESA, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, vino a aclarar algo más esta situación, atribuyendo directamente al juzgado de lo mercantil competente la competencia para conocer de la eventual impugnación de la resolución que dicte el director de AESA, sin perjuicio de las acciones civiles de las que disponga el pasajero<sup>535</sup>. A nuestro juicio, esta impugnación se refiere a la resolución extrajudicial, en tanto que la impugnación del posible expediente administrativo sancionador que se inicie frente a la compañía aérea corresponde al orden contencioso-administrativo (*ex art. 9.4 LOPJ*).

Por ello, sin perjuicio de que se inicie o no el ejercicio de la potestad sancionadora de AESA contra la compañía aérea, la resolución extrajudicial por la que se resuelve la reclamación es de naturaleza civil, y tendrá la consideración de título ejecutivo extrajudicial conforme al artículo 517.2, apartado 9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (DF 6ª LMPOC, que modifica la DA 2ª LRACMC), a través del cual llevarán aparejada

---

<sup>535</sup> Ello debe entenderse, sin perjuicio de las reformas que se encuentran en trámite para trasladar al Juzgado de Primera Instancia, las quejas y reclamaciones de los pasajeros para descargar los juzgados de lo Mercantil.

ejecución las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil u otras leyes, lleven aparejada ejecución, tal y como sucede con esta resolución.

En lo que respecta al gestor aeroportuario, hemos de señalar que no sucede igual que con las compañías aéreas, pues ellos deberán informar en el plazo de 1 mes a AESA sobre las medidas que han adoptado para dar cumplimiento a la resolución o, en su caso, las circunstancias por las que no lo han hecho, así como la fecha prevista para ello (art. 18.6 POM).

Del precepto se deduce que AESA no puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de la resolución por el gestor aeroportuario, y es lógico, teniendo en cuenta que la resolución que dicta no es vinculante ni para el ni para el pasajero.

Lo cierto es que sería deseable que la norma hubiera igualado las condiciones de las compañías aéreas y de los gestores aeroportuarios, pues de este modo, resulta un trato discriminatorio en detrimento de las compañías aéreas.

De hecho, como la resolución de la reclamación contra el gestor aeroportuario no es vinculante para ninguna de las dos partes, podríamos decir que la resolución se asemeja más a los efectos de un procedimiento de mediación. Y es que caben dos soluciones: (i) que el gestor aeroportuario cumpla voluntariamente la decisión de AESA; o bien, (ii) que voluntariamente las partes dieran un tratamiento a la resolución, similar al que se les atribuye a los acuerdos de mediación, elevando la resolución a escritura pública conforme a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

### **3. Las reclamaciones aeroportuarias ante otras entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo distintas de AESA**

Como hemos venido señalando, la Disposición adicional sexta de la nueva redacción otorgada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre a la Disposición adicional segunda (párraf. 2º) de la Ley 7/2017, sigue permitiendo que los pasajeros o usuarios del transporte

aéreo opten por acudir a otras entidades especializadas distintas de AESA, para resolver los conflictos aeroportuarios.

De este modo, las entidades a las que se refiere el artículo 6.2 de la Ley 7/2017, que dan cobertura a otras reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, serán también competentes para conocer de los conflictos en el sector del transporte aéreo, sin perjuicio de que, en este supuesto, los procedimientos extrajudiciales serán de aceptación y participación voluntaria para ambas partes<sup>536</sup>. En este sentido, cabe señalar que el principio de voluntariedad se proyectara con carácter bidireccional, es decir, tanto para el pasajero y los gestores aeroportuarios, como para las compañías aéreas.

El apartado 2 del artículo 6 indica que, cuando las entidades de resolución alternativa ofrezcan procedimientos con resultado vinculante para el consumidor, se requerirá que la creación o constitución de aquellas se haya efectuado por una norma con rango de ley o reglamentario.

Si hacemos una interpretación amplia de este precepto, entendemos que van a ser competentes para llevar a cabo la resolución de estas reclamaciones, las entidades que ofrezcan resultados vinculantes o no vinculantes, así como las entidades que estén o no acreditadas por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), siempre que las partes lo acuerden voluntariamente y, en el caso de que se trate de un procedimiento con resultado vinculante, la creación de dicha entidad se haya efectuado en una norma con rango de ley.

Si se trata, en cambio, de resolver un conflicto de carácter transfronterizo, la entidad sí deberá estar previamente acreditada, en tanto que no será necesario, si el conflicto es de carácter nacional.

---

<sup>536</sup> El artículo 6.2, debe entenderse sin perjuicio de lo que señala el apartado 1 del artículo 6, de la Ley 7/2017, es decir, que las entidades de resolución alternativa deberán disponer de un estatuto o reglamento de funcionamiento que conste en soporte duradero, sea de fácil acceso para todos los ciudadanos e incluya, al menos, los siguientes aspectos: «a) La información relativa a su organización y forma de financiación; b) El tipo de litigios que resuelven y las causas de inadmisión a trámite de las reclamaciones; c) Toda la información relativa al procedimiento que, de conformidad con lo establecido en esta ley, vengan obligadas a proporcionar a las partes, antes, durante o después del procedimiento, así como aquella relativa a los efectos jurídicos del resultado del procedimiento y su coste para las partes. Esta información se proporcionará de forma clara y comprensible; d) La forma de nombramiento, cualificación y experiencia de las personas encargadas de resolver el litigio».

Con todo ello, entendemos que los procedimientos a los que las partes pueden acudir voluntariamente para resolver los conflictos en el sector aeroportuario son, entre otros: el procedimiento arbitral de consumo que suministran las Juntas Arbitrales de Consumo, y que se regula en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, así como el procedimiento arbitral previsto en el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establecen el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, siendo ambos arbitrajes institucionales, cuya entidad ha sido creada por una norma con rango de ley, siempre que los respectivos ámbitos de aplicación permitan someter el asunto a arbitraje.

Tanto es así, que el proyecto de Orden Ministerial, siguiendo la línea de la Ley 7/2017, señala que, su contenido se entiende sin perjuicio del derecho del pasajero a acudir a cualquier otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos aceptado por la compañía aérea o, en su caso, el gestor aeroportuario, señalando la posibilidad de resolver las reclamaciones por aquellos arbitrajes.

En cuanto a las fórmulas autocompositivas, también entendemos que cabe someter la reclamación al procedimiento a la mediación de consumo que administran las Juntas Arbitrales de Consumo.

Lógicamente, si las partes optan por acudir a otras entidades de resolución alternativa y resuelven las Juntas Arbitrales de Consumo o las Juntas Arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal —según los criterios de competencia territorial—, el procedimiento y sus efectos se regirán por sus respectivas normas sectoriales, esto es, el Real Decreto 231/2008, y el Real Decreto 1417/2006.

Por otra parte, ha de señalarse que el procedimiento ante AESA es distinto en comparación con el procedimiento ante otra entidad de resolución alternativa del artículo 6.2 de la Ley 7/2017. Si el pasajero opta por la primera opción, la compañía aérea estará obligada a aceptarlo y el resultado es vinculante para ella, en tanto que si opta por la segunda opción la participación es voluntaria para ambos y el resultado será vinculante o no, dependiendo del procedimiento al que las partes se hayan acordado voluntariamente someterse.

Centrándonos en el arbitraje de consumo, hemos de tener en cuenta varias consideraciones. Si el pasajero (consumidor) pretende iniciar la reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo, será necesario que la compañía o el gestor aeroportuario esté adherido previamente al Sistema Arbitral de Consumo.

A mayor abundamiento, el laudo arbitral es vinculante para ambas partes y que su impugnación en sede judicial solo cabe por los motivos formales tasados que señala el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, no siendo posible su impugnación por motivos de fondo. Por ello, consideramos que difícilmente las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios vayan a someterse voluntariamente al Sistema Arbitral de Consumo, siendo conocedoras de que no cabe la impugnación del laudo en sede judicial por cualquier motivo.

Igualmente, entendemos que el pasajero va a preferir presentar la reclamación ante AESA, que ante otra entidad de resolución alternativa. Y ello, porque resulta más ventajoso para aquel que resuelva AESA, teniendo en cuenta que la compañía está obligada a participar en el procedimiento y el resultado para ella es vinculante y directamente ejecutivo, mientras que, si se plantea la resolución del conflicto ante otras entidades, el procedimiento es de aceptación voluntaria para ambos y la resolución también será vinculante y excluyente de la vía judicial, si optan por someter el conflicto a las Juntas Arbitrales.

Ello nos lleva a concluir que, la presentación de la reclamación ante AESA confiere mayores ventajas al pasajero, que ante otras entidades de resolución alternativa que resuelvan conflictos que resuelvan reclamaciones de consumo en otros sectores económicos.

## **V. LAS RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE CONSUMO Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

### **1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *VERSUS* LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

De lo visto hasta ahora, se puede afirmar que las reclamaciones *seudo-administrativas* que realicen los consumidores, podrán desembocar en un intento de solucionar extrajudicialmente los conflictos, a través de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución alternativa, pero también, en algunos supuestos, podrán desembocar en la apertura de un procedimiento administrativo sancionador, cuando los hechos que motivaron la reclamación sean susceptibles de constituir una infracción administrativa en materia de consumo.

En cuyo caso, los servicios administrativos correspondientes podrán iniciar la vía sancionadora de oficio. Vía, que también puede iniciarse por cualquier sujeto, incluido el consumidor, que ponga en conocimiento de la Administración pública competente, la posible comisión de la infracción de consumo (*ex art. 58 y 61 LPAC*)<sup>537</sup>. Asimismo, sin mediar denuncia, queja o reclamación previa, el órgano administrativo que tenga atribuido el ejercicio de la potestad sancionadora podrá iniciar de oficio este procedimiento, si por cualquier cauce tiene constancia de la infracción de la normativa de protección de los consumidores.

Estas infracciones pueden deberse a multitud de razones, bien porque se haya incumplido la normativa en materia sanitaria, por la existencia de fraudes o engaños a los consumidores por prácticas que lesionen su seguridad o sus legítimos intereses, o bien por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con aquellos. Y, todas estas infracciones puedan dar lugar a la apertura de un expediente administrativo sancionador, aunque la infracción derive de una relación jurídico-privada, porque las Administraciones públicas que tienen reconocida por ley el ejercicio de tal potestad,

---

<sup>537</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 236, de 2 de octubre de 2015).



podrán sancionar a los empresarios o profesionales para proteger el interés general de los consumidores. Es el caso, del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de AESA, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la Agencia Española de Protección de Datos, entre otras entidades de supervisión que tienen atribuida la competencia para iniciar un expediente sancionador.

De ahí, que la mayoría de los procedimientos de resolución de reclamaciones de consumo hayan dado lugar a una sanción administrativa, habida cuenta de que la infracción se ha proyectado sobre los intereses colectivos o difusos de los consumidores<sup>538</sup>.

En cambio, no sucede lo mismo si la entidad de resolución de conflictos es de naturaleza privada, como es el caso del Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL. Sin perjuicio de que sea el órgano que tiene atribuido el control de cumplimiento de los códigos de conducta en materia publicitaria, no tiene atribuido el ejercicio de la potestad sancionadora. Ello no impide que pueda poner en conocimiento de la autoridad administrativa competente, las infracciones en materia publicitaria que afecten a los consumidores, para que aquella inicie, en su caso, el correspondiente expediente sancionador<sup>539</sup>.

Así pues, que una reclamación *seudo-administrativa* del consumidor pueda derivar en un procedimiento administrativo sancionador y, eventualmente en una sanción, nos pone en la tesitura determinar qué naturaleza jurídica se ha de atribuir a aquella reclamación, sobre todo en aquellos supuestos en los que el consumidor no se limita a solicitar la reparación o restitución del del derecho o interés lesionado por el empresario o profesional, sino que a su vez está formulando denuncia. Cuestión que se complica, si se observan la mayoría de los impresos de reclamaciones/denuncias de las Administraciones públicas de consumo, pues disponen de un único formulario para ambas pretensiones.

---

<sup>538</sup> Es el caso del expediente sancionador iniciado de oficio por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, frente a los concesionarios de vehículos, que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/expedientes/s047113> (consulta: 19 de febrero).

<sup>539</sup> Ex arts. 55 y siguientes de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE, núm. 79, de 1 de abril de 2010), en relación con los artículos 64 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Si el procedimiento administrativo sancionador es iniciado por el órgano administrativo sin que medie denuncia o reclamación del consumidor, es meridianamente claro que nos encontramos ante un acto administrativo puro propiamente dicho, que si es recurrido en vía administrativa, su impugnación se llevará a cabo únicamente ante los jueces del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Más complejidad entraña la naturaleza que debemos otorgar a la resolución de la autoridad administrativa tras una reclamación/denuncia, y si aquella puede concluir con un pronunciamiento resarcitorio a favor del consumidor reclamante/denunciante. Esta es una de las cuestiones más polémicas en relación con la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, habida cuenta de que ha de determinarse, si la Administración puede, además de sancionar al infractor —empresario, profesional, etc.—, puede imponerle la obligación de indemnizar al perjudicado —consumidor o usuario—, por la infracción cometida, así como fijar ella misma la cuantía de la indemnización, evitando con ello que el consumidor no se vea forzado a ejercitar la acción en el proceso civil..

En determinados ámbitos del ordenamiento jurídico español, se ha ido admitiendo progresivamente esta posibilidad, emulando lo que ocurre en el proceso penal, cuando se permite acumular la acción civil *ex delicto*, a la acción penal principal; y ello, a pesar de la oposición de parte de la doctrina, que no ha visto de buen agrado que la Administración se convierta en “juez” en una cuestión entre particulares<sup>540</sup>. Sin embargo, también es cierto que otra parte de la doctrina no pone impedimento a tal posibilidad, en aquellos casos en los que el interés público aconseje que un determinado tipo de conflictos sea resuelto con menos costes y de forma más rápida.

---

<sup>540</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 137; y, ORTELLS RAMOS, M. y CUCARELLA GALIANA, L.A., “El artículo 103.1 CE, la potestad (administrativa) de actuación del Derecho mediante autotutela y la potestad (jurisdiccional) de actuación del Derecho mediante heterotutela” y “La posible inconstitucionalidad de potestades atribuidas a la Administración en algunos supuestos. El predominio práctico de la característica distintiva de la cosa juzgada”, en *Introducción al Derecho Procesal*, (Ortells Ramos, dir. y coord.), Aranzadi, 2019, p. 136 y ss. Tras una extensa argumentación, se indica que si el legislador ordinario atribuye a la Administración una potestad de actuación del Derecho que no tenga su base en una previa situación jurídica material de la propia Administración, a cuya tutela pueda proveer ella misma, sino que se proyecta o recaiga solamente sobre una situación jurídica ajena, se está infringiendo netamente la norma constitucional del artículo 117.3 de la Constitución Española. La razón de la norma constitucional es que no se estaría ejerciendo una autotutela, sino una potestad jurisdiccional que le corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. Y, esa inconstitucionalidad existiría, aunque en cumplimiento del artículo 106.1 de la Constitución Española, no se negará el posterior control jurisdiccional de esa actuación administrativa.

En esta línea se han movido nuestras normas administrativas generales. De ahí, que sobre la base de lo dispuesto en el artículo 130.2 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre<sup>541</sup>, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, señale que:

*«Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».* (art. 28.2 LRSP).

Y, concretamente, en el ámbito del Derecho de consumo, el artículo 48 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>542</sup> señalaba que:

*«Conforme a lo previsto en el artículo 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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».*

Preceptos estos que se complementan con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que al regular el procedimiento de apremio indica que:

*«1. Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento de apremio. 2. En cualquier caso no podrá imponerse a los administrados una obligación pecuniaria que no estuviese establecida con arreglo a una norma de*

---

<sup>541</sup> BOE, núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

<sup>542</sup> Responsabilidad civil, que tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (BOE, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021), pasará a estar recogida en el artículo 51.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se señala que: *«Conforme a lo previsto en el artículo 28.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, 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 causados al consumidor o usuario, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora debiendo notificarse al infractor para que proceda a su satisfacción en un plazo que será determinado en función de la cuantía. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».* Y ello en relación con el artículo 28.2 de la Ley 40/2015 (*vid., supra*).

*rango legal*» (art. 101 LPAC).

Este principio, en teoría, indica que la indemnización fijada por la Administración a cargo del infractor se ejecutará como cualquier otro contenido de un acto administrativo, mientras que con anterioridad establecía que el perjudicado por la infracción administrativa tenía que acudir a los tribunales si el infractor no cumplía voluntariamente. Pues bien, a todas estas cuestiones dedicaremos nuestra atención en las líneas que siguen.

## **2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONSUMO**

Para el análisis de esta cuestión, hemos de partir necesariamente de dos preceptos constitucionales: en primer lugar, del artículo 51.1 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de aquellos; y, en segundo lugar, del artículo 103.1 de la misma norma, que dispone lo siguiente:

*«La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».*

Al tiempo, en el ejercicio de la potestad sancionadora han de regir unos principios inquebrantables, dada la necesidad de que la Administración ejerza su poder de manera objetiva y ajustada a Derecho, a saber: el principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad<sup>543</sup>. Principios estos que están presentes en el ejercicio de la potestad sancionadora, así como en el ejercicio del Derecho penal.

En cumplimiento de estos mandatos constitucionales, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios recoge la base general del régimen administrativo sancionador, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico español dispone de un régimen sancionador en los distintos sectores económicos en los que puedan actuar los consumidores.

---

<sup>543</sup> Sobre estos principios también se han pronunciado en varias ocasiones nuestros tribunales [*vid.*, las SSTs (Sala 3ª), núm. 2981/2015, de 23 de marzo (2868/2013); y, núm. 1709/2019, de 29 de mayo (3791/2018)].

Siendo la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios la base general en la que pivota el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de consumo, y teniendo en cuenta que el estudio de todos los regímenes sancionadores desbordaría el objeto de esta investigación, nos centramos en analizar justamente aquella.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dedica el Título IV al ejercicio de la potestad sancionadora. Este Título se divide en 3 capítulos:

- Un Capítulo I, dedicado a los principios generales de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas (art. 46);
- Un Capítulo II, que recoge las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios (art. 47), la calificación y graduación de las infracciones (art. 48), las sanciones (art. 49), las sanciones accesorias (art. 50), las personas responsables de las infracciones de consumo (art. 51), la prescripción y caducidad en función de la gravedad de la pena (art. 52); y,
- Un capítulo III, relativo al régimen de competencias y puntos de enlace, en el que se recoge las Administraciones españolas que en cada caso son competentes para sancionar (art. 52 *bis*) y la actuación de la Dirección General competente en materia de consumo como Oficina de enlace (art. 52 *ter*).

Como hemos indicado en líneas anteriores, el régimen jurídico de la potestad sancionadora no se agota en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no agota la regulación en esta materia, pues como ya apuntó Bonachera Villegas, “*existen una multiplicidad de regímenes sancionadores relacionados directa o indirectamente con la protección administrativa de los consumidores*”<sup>544</sup>.

Estos regímenes se encuentran dispersos por toda la normativa sectorial<sup>545</sup>, dado que la protección los consumidores no es una competencia exclusiva del Estado —v. gr. art. 149 CE—, sino que las comunidades autónomas tienen competencia para legislar en

---

<sup>544</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018, p. 1.

<sup>545</sup> En parecidos términos, *vid.*, MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L., “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas” en *Revista de Administración Pública*, núm. 16, 1991, p. 139.

la materia, incluyendo en muchas ocasiones el régimen autonómico sancionador. Régimen que deberá adaptarse a las normas estatales, sin perjuicio de las competencias cedidas a las comunidades autónomas para legislar en esta materia<sup>546</sup>.

Pero es que la dispersión normativa de la potestad sancionadora es tal, que incluso existen normas dentro de la propia normativa autonómica que regula otros sectores más específicos —*v. gr.* la elaboración de un modelo uniforme de reclamaciones de consumo que ha elaborado la Comunidad Autónoma de Cantabria— en la protección administrativa de los consumidores, remitiéndose a la normativa de protección de los consumidores de la comunidad autónoma en cuestión<sup>547</sup>.

Así, se han aprobado multitud de disposiciones tendentes a proteger los intereses de los consumidores. Disposiciones, que tienen como finalidad la regulación de las oficinas y servicios de información de atención al cliente que las empresas deben poner a disposición del consumidor<sup>548</sup>. Al tiempo, se incluyen los servicios de carácter básico de interés general como son: el suministro de agua, el de gas, el de electricidad, los financieros y los seguros, el del transporte aéreo, el ferroviario y por carretera y el de la protección de la salud, entre otros<sup>549</sup>.

---

<sup>546</sup> Muchas de las comunidades autónomas asumen competencias en lo que respecta a las infracciones cometidas por los empresarios; al tiempo que regulan la potestad sancionadora en materia de consumo de forma más extensa que la Ley General de Consumidores y Usuarios. Buena muestra de ello es la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (arts. 33-51), la Ley 2/2012, de 28 de marzo, de Protección de Consumidores de Galicia (arts. 74-115) o la Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria (arts. 44-59), entre otras.

<sup>547</sup> *V. gr.*, el Decreto 21/2021, de 11 de febrero, por el que se regulan las hojas de reclamaciones de consumo en Cantabria (BOCA, de 18 de febrero de 2021). Este Decreto regula la obligación de todos los establecimientos de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de titularidad pública o privada, de poner a disposición de los consumidores las hojas de reclamaciones en un modelo oficial, así como las infracciones y sanciones por incumplimiento del empresario, remitiendo para el ejercicio de la potestad sancionadora a la Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria (art. 9). Incluso, la iniciación del procedimiento sancionador podrá ser iniciado de oficio por la Inspección de Consumo, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el consumidor de tramitar el pertinente procedimiento extrajudicial (art. 8).

<sup>548</sup> Modificación operada por el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

<sup>549</sup> El mismo artículo, señala que, si el consumidor no queda satisfecho con la reclamación directa ante el empresario, podrá acudir a una entidad de resolución alternativa notificada a la Comisión Europea (art. 21.4 LGDCU).

### 3. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONSUMO: ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Como hemos hecho referencia anteriormente, la potestad sancionadora está sometida al principio de legalidad (art. 25 CE), de tipicidad, de proporcionalidad y al principio de *non bis in idem* (no cabe sancionar dos veces por el mismo hecho).

El principio de legalidad es una garantía material o sustantiva del derecho administrativo sancionador que engloba tres garantías distintas: la reserva de ley, el principio de tipicidad y la irretroactividad de las normas administrativas sancionadoras *in peius* o desfavorables<sup>550</sup>.

El principio de tipicidad, por su parte, debe proyectarse en el legislador a la hora de configurar el régimen sancionador con el fin de regular con precisión las conductas que sean tipificadas como infracciones administrativas en materia de defensa de los consumidores y usuarios, así como las consecuencias que se deriven de ellas.

En cumplimiento de las garantías que configuran la potestad sancionadora en materia de consumo, el legislador redactó el artículo 49 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; artículo que ha sufrido importantes modificaciones tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes<sup>551</sup>.

El artículo 3 del Real Decreto Ley 37/2020, da una nueva redacción a las infracciones cometidas por los empresarios por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos

---

<sup>550</sup> Cfr., con la definición dada por el Diccionario del Consejo General del Poder Judicial. En este sentido, la STC (Sala 1ª), núm. 10/2015, de 2 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad núm.: 6926/2013), define este principio como: «*el derecho a la legalidad sancionadora “comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término ‘legislación vigente’ contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora»* (FJ 3º).

<sup>551</sup> BOE, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

celebrados con los consumidores [letra *h*]). Al tiempo, añade la letra *p*), al artículo 3, relativo al incumplimiento de las obligaciones en relación con los servicios de atención al cliente<sup>552</sup>.

Lo que más nos interesa señalar del que era el anterior artículo 49 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es que el precepto parecía no cumplir con las exigencias del principio de tipicidad que deben cumplir las normas sancionadoras, puesto que aquel era parco, escueto y contiene varias normas en blanco con continuas remisiones a otros preceptos, algo que choca con las exigencias de la potestad sancionadora<sup>553</sup>.

Tanto es así, que en orden a transponer la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre<sup>554</sup> y de dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2015<sup>555</sup>, el Gobierno aprobó el Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre,

---

<sup>552</sup> Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020, el precepto señala como infracciones y sanciones cometidas en materia de defensa consumidores y usuarios: las infracciones en materia de sanitaria [art. 49.1, letras *a*), *b*) y *c*)]; las infracciones en materia de seguridad de los consumidores [letras *b*) y *g*)]; las conductas que deriven de la alteración, adulteración o fraude o engaño en bienes susceptibles de consumo [letra *d*)]; el incumplimiento de las normas reguladoras de precios [letra *e*)]; el incumplimiento de normas relativas al etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios [letra *f*)]; la obstrucción o negativa a suministrar la inspección administrativa [letra *h*)]; la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, la no remoción de sus efectos una vez declarado judicialmente su carácter abusivo o sancionado tal hecho en vía administrativa, así como el incumplimiento de la obligación de información de las condiciones generales de la contratación [letra *i*)]; las limitaciones o exigencias injustificadas que limiten al consumidor a poner fin a los contratos de tracto sucesivo [letra *j*)]; las conductas discriminatorias [letras *k*) y *m*)]; el uso de prácticas comerciales desleales [letra *l*)]; el incumplimiento del régimen establecido para los contratos celebrados a distancia [art. 49.2, letra, *a*) y *b*)]; y, como cláusula de general de cierre, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones que se señalen en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las normas o disposiciones que la desarrollen, en los términos previstos en la normativa autonómica que resulte de aplicación [letra *n*)].

<sup>553</sup> En parecidos términos, IZQUIERDO CARRASCO, M., Y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “La potestad sancionadora” en *La defensa de los consumidores y usuarios* (Rebollo Puig/Izquierdo Carrasco, dirs.), Iustel, Madrid, 2011, pp. 620 y ss.; ALENZA GARCÍA, J. F., “Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios” en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 391; y, BONACHERA VILLEGAS R., “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>554</sup> Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DOUE, núm. 328, de 18 de diciembre de 2019).

<sup>555</sup> Esta sentencia declaró inconstitucional y nulo el artículo 50.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por vulneración del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española [STC, núm. 10/2015, de 2 de febrero (*cit.*)].



de transposición de directivas de la Unión Europea, que ha procedido a dar una nueva redacción a los artículos 48 y 49<sup>556</sup> (art. 82.4 LTD).

De tal modo, que tras esta modificación, el artículo 49 pasa a graduar la imposición de las sanciones en función de la gravedad de la infracción, en tanto que las conductas sancionables se regulan en el artículo 47 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Artículo, que recoge un elenco de las conductas tipificadas, reproduciendo más o menos, lo que ya señalaba su artículo predecesor.

En efecto, la redacción de este precepto vuelve a ser parca y escueta, con algunas remisiones a otras normas, que hacen que nos cuestionemos si este régimen sancionador sigue infringiendo el principio de tipicidad. Basta con leer lo que sigue para llegar a tal planteamiento. El artículo 47 establece las siguientes infracciones en materia de consumo:

- Las infracciones de naturaleza sanitaria [art. 49.1, letras *a*) y *c*)];
- Las acciones u omisiones en materia de salud o seguridad de los consumidores y usuarios, incluyendo el incumplimiento de la normativa relativas al registro, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios, incluidas las que versen sobre la información previa a la celebración del contrato [letras *b*) y *g*)];
- Las conductas que deriven de la alteración, adulteración o fraude o engaño en bienes susceptibles de consumo [letra *d*)];
- El incumplimiento del régimen de garantías y servicios postventa, o del régimen de reparación de productos de naturaleza duradera [letra *e*)];
- El incumplimiento de las normas reguladoras de precios [letra *f*)];
- El incumplimiento de las normas de seguridad que afecten o supongan un riesgo para los consumidores y usuarios [letra *h*)];
- La obstrucción o negativa a suministrar datos o facilitar las funciones de información, vigilancia e inspección administrativa [letra *i*)];

---

<sup>556</sup> Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (BOE, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021). Convalidado por Resolución de 2 de diciembre de 2021, del Congreso de los Diputados (BOE, núm. 296, de 11 de diciembre).

- La introducción de cláusulas abusivas en los contratos, así como la no remoción de sus efectos una vez declarado judicialmente su carácter abusivo o sancionado tal hecho en vía administrativa con carácter firme [letra *j*)];
- Las limitaciones o exigencias injustificadas que limiten al consumidor a poner fin a los contratos de tracto sucesivo o continuado [letra *k*)];
- Las conductas discriminatorias contra personas consumidoras vulnerables o contra cualquier consumidor o usuario para el ejercicio de sus derechos [letra *l*)];
- el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios [letra *m*)];
- Las conductas discriminatorias [letra *n*)];
- La negativa a aceptar el pago en efectivo como medio de pago, dentro de los límites señalados en la normativa tributaria [letra *ñ*)];
- El incumplimiento de los deberes y prohibiciones impuestos por la Administración mediante órdenes o como medidas cautelares, así como el incumplimiento de los compromisos adquiridos para poner fin a la infracción y corregir sus efectos [letra *o*)];
- La obstrucción o negativa a suministrar información de las condiciones generales de la contratación u otro tipo de información requerida por la Administración competente [letra *p*)];
- El incumplimiento de las obligaciones en relación con los servicios de atención al cliente [letra *q*)];
- El incumplimiento del régimen establecido en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles [letra *r*)], así como el incumplimiento del régimen establecido para los contratos celebrados a distancia [letra *s*) y *t*)];  
y,
- Como cláusula general de cierre, se señala como infracción, cualquier otro incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o en las normas que la desarrollen, que no esté tipificado en este precepto, también será considerada como una infracción de la normativa de consumo y sancionada en los términos previstos en la legislación autonómica que resulte de aplicación [letra *u*)].

Enumeradas pormenorizadamente todas las infracciones administrativas, queda constatado que, aunque es cierto que el artículo 47 recoge nuevas infracciones que son sancionables en materia de consumo, y concreta algunas que no estaban recogidas en la redacción del artículo 49, entendemos que tampoco es del todo esclarecedor, dado que sigue remitiendo a otras normas estatales [*v.gr.*, la letra *t*)], o de carácter autonómico para concretar las conductas sancionables; y ello, sin tener en cuenta el precepto en blanco de la letra *u*).

Sobre este nuevo régimen sancionador cabe indicar que tiene establecido una *vacatio legis* bastante generosa, habida cuenta de que entrará en vigor el 28 de mayo de 2022 [DF 10, *c*) LTD], por lo que hasta tal fecha, seguirá vigente el régimen sancionador del artículo 49.

La situación que exponemos ha provocado intensos debates en la doctrina y no está exenta de polémica. Ello nos ha llevado a plantearnos las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, si solamente pueden abrir un procedimiento sancionador las Administraciones públicas de consumo<sup>557</sup>, o si otros órganos administrativos pueden abrirlo aun cuando la conducta a sancionar sea en materia de consumo;
- En segundo lugar, en caso de concurso de normas, a cuál de ellas debemos acudir para determinar si un empresario está cometiendo una infracción administrativa en materia de consumo y la graduación de la sanción;
- Y, en tercer lugar, si cabe la aplicación analógica de algunas infracciones administrativas, aunque estas no estén expresamente tipificadas en el articulado.

La primera cuestión ha quedado resuelta, en parte, por el artículo 52.1 *bis* del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, al señalar que:

*«Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones de consumo cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable. Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como prácticas*

---

<sup>557</sup> Entendiendo por tal al conjunto de Administraciones públicas en todos los niveles de la Administración del Estado, encargadas de velar por la protección de los consumidores.

*comerciales desleales con los consumidores o usuarios».*

A renglón seguido, se señala que, corresponde a los órganos administrativos de las comunidades autónomas la tramitación y la resolución de los procedimientos sancionadores derivados de la aplicación de las infracciones previstas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aunque parcialmente en sus respectivos territorios (art. 52 *bis*, ap. 2).

Este artículo introduce importantes novedades tales como, mecanismos de colaboración en el seno de la Comisión Sectorial de Consumo, cuando resulten competentes órganos de diversas administraciones autonómicas (art. 52 *bis*, ap. 4).

De hecho, cuando la infracción produzca lesiones o riesgos que afecten a los intereses de los consumidores de forma generalizada y en el territorio de más de una comunidad autónoma, que pueda afectar a la unidad de mercado nacional y la competencia en el mismo, la competencia para sancionar corresponderá a los órganos competentes en materia de consumo de la Administración General del Estado. A tal efecto, será competente la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado, cuando la sanción impuesta no sea superior a los 100.000 euros ni implique el cierre temporal del establecimiento, o servicio; en tanto que será competente la Secretaría General competente en materia de consumo en el resto de supuesto. En todo caso, la competencia de la Secretaría General se extenderá a todas las infracciones generalizadas con dimensión en la Unión Europea, previstas en el Reglamento 2017/2394, de 12 de diciembre de 2017, y a las acometidas a través de Internet, cuando la residencia del domicilio del responsable infractor, cuando coincida con el lugar en el que se realiza efectivamente la gestión administrativa y dirección del negocio, esté fuera del territorio de la Unión Europea (*ex art. 52 bis*, ap. 6).

Por otra parte, también entendemos que, con carácter general, un consumidor individual, un grupo de consumidores o una asociación de consumidores y usuarios, puede denunciar ante la Administración competente en un sector específico, para que sancione a un empresario por el incumplimiento de la normativa en materia de consumo o la norma del sector en cuestión, sin perjuicio de que sea la Administración competente

la que decida si lo inicia o no, en función de que el objeto de la reclamación sea una conducta tipificada en la normativa correspondiente.

En lo que respecta a la segunda cuestión, entendemos que son sancionables todas las conductas tipificadas en el artículo 47, pero también las que establezcan las normas que regulan otros sectores económicos, así como las que señalan las normas que regulan la protección administrativa de los consumidores de las distintas comunidades autónomas, debiendo acudir a la norma en cuestión, que establezca la graduación de la sanción a imponer.

Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión, ya señalamos anteriormente que el artículo 49 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es escueto, y entendemos, que sigue siéndolo el artículo 47, pues tampoco contiene todas las infracciones pormenorizadamente, o debemos acudir a otras normas de desarrollo, para deducir, qué entra dentro del concepto de algunos términos que el precepto señala como conductas sancionables, por ejemplo, la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores o el uso de prácticas comerciales desleales<sup>558</sup>.

Lo cierto es que, lamentablemente, tal y como está redactado el precepto, entendemos que está permitido que análogamente sean sancionables otras conductas no tipificadas expresamente en el precepto. Concretamente, el artículo 47.1, letra *u*)<sup>559</sup> permite sancionar cualquier otro incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en esa misma norma u otras que la desarrollen, y que no estén previstos en los tipos recogidos en aquel artículo, siendo sancionable conforme a la legislación autonómica que resulte de aplicación.

Sin embargo, a nuestro juicio, este apartado crea, cuanto menos, cierta inseguridad jurídica, puesto que, además de ser sancionables un gran número de acciones u omisiones en la normativa de consumo, pueden ser sancionables otras que no estén expresamente

---

<sup>558</sup> En este sentido, hemos de decir que, aunque vamos a centrar nuestra atención en estas dos infracciones, la problemática de los conceptos jurídicos indeterminados es extensible a otras infracciones que señala el articulado del precepto.

<sup>559</sup> La nueva redacción de las infracciones en materia de consumo, lo permite, pero también lo permite la anterior redacción del artículo 49.1, letra *n*).

tipificadas, siendo esta situación contraria al principio de tipicidad que debe estar presente en el ejercicio de la potestad sancionadora.

### **3.1. La potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas**

Ha de comenzarse señalando que el concepto de cláusula abusiva es muy amplio, por ello, resulta muy complejo determinar e interpretar qué conductas son sancionables por los empresarios cuando introducen cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Esta dificultad se acrecienta debido a que el concepto de cláusula abusiva es un concepto “vivo”, que puede variar a lo largo del tiempo, y que no está exento de polémicas doctrinales y jurisprudenciales. Siendo así, sería deseable que al menos se definiera con mayor precisión a efectos de establecer las sanciones que correspondan. De esta forma, se garantizaría el principio de tipicidad que necesariamente debe estar presente en la potestad sancionadora, y se evitarían muchos “choques” con los derechos reconocidos constitucionalmente.

Dada la situación que exponemos, nos vemos obligados a realizar una interpretación extensiva del artículo 80, apartados 1 y 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que señala los requisitos que deben cumplir aquellas cláusulas no negociadas individualmente<sup>560</sup>.

Se consideran cláusulas abusivas a efectos de iniciar un procedimiento administrativo sancionador, las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas que no hayan sido consentidas expresamente por el consumidor, así como las que no cumplan con el doble control de transparencia formal y material<sup>561</sup>, pudiendo tratarse de condiciones generales de la contratación, como de cualquier otra cláusula predispuesta en

---

<sup>560</sup> Como el concepto de cláusula abusiva desbordaría el objeto de esta investigación, nos remitimos a lo dicho por Domínguez Ruiz y Moreno García [DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La necesidad de una regulación general de las cláusulas abusivas en el sistema procesal español”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 29, 2017; y, a MORENO GARCÍA, L., “Las cláusulas abusivas”. *Tratamiento sustantivo y procesal*”, *op. cit.*].

<sup>561</sup> Precisamente el debate jurisprudencial en cuanto a las cláusulas suelo fue determinar qué cláusulas suelo eran o no abusivas, atendiendo a los parámetros de transparencia formal y material. Para un mayor abundamiento sobre el procedimiento extrajudicial para reclamar las cantidades indebidamente cobradas a los consumidores o usuarios, por la introducción de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, *vid.*, DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “Problemas prácticos a la luz del Real Decreto Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *op. cit.*, p. 6.

un contrato con un empresario, productor o suministrador de un producto o servicio o de prácticas no consentidas expresamente<sup>562</sup>.

Como hemos manifestado con anterioridad, la posibilidad de entender análogamente algunas conductas no tipificadas expresamente viene siendo un tema muy controvertido. A nuestro juicio, dicha posibilidad no es posible, y esta posición encuentra su fundamento en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, dado que las normas definitorias de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación análoga (art. 27 *sic*), sino que más bien podría iniciarse el correspondiente procedimiento sancionador porque las cláusulas abusivas cumplen los requisitos para ser catalogadas como tal<sup>563</sup>.

En este sentido, es significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1984, en la que se pretende anular una sanción administrativa en base al principio de legalidad y tipicidad (art. 25 CE). El principio de legalidad penal engloba todos los principios que acogen el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, esto es, el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente; de suerte que no podrán ser sancionadas conductas por analogía que no reúnan los elementos del tipo y sean objetivamente perseguibles<sup>564</sup>.

### **3.2. La potestad sancionadora por prácticas comerciales desleales**

De igual modo que hemos señalado que sucede con las cláusulas abusivas, sucede con las prácticas comerciales desleales. La duda que se plantea aquí es interpretar qué debemos entender por prácticas comerciales desleales.

La Ley de Competencia Desleal las define, con carácter general, como todo comportamiento que resuelve objetivamente contrario a la buena fe, entendiéndose por tal la conducta de un empresario o profesional contraria a la diligencia profesional, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico

---

<sup>562</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores”, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>563</sup> Cámara Lapuente, en cambio, no descarta que otras cláusulas puedan ser calificadas como abusivas [CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos de los consumidores y usuarios, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes complementarias* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 834 y 835].

<sup>564</sup> STC (Sala 2ª), núm. 75/1984, de 27 de junio (núm. de recurso: 765/1983).

del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, cuando se trate de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A tales efectos, se entiende por comportamiento económico del consumidor, toda decisión por la que este opte por actuar o por abstenerse en relación con los siguientes aspectos: la selección de una oferta u oferente; la contratación de un bien o servicio, de qué manera y en qué condiciones lo hace; el pago total o parcial del previo; la conservación del bien o servicio; y, el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Asimismo, se considera que se ha distorsionado de manera significativa el comportamiento de un consumidor medio, cuando se utiliza una práctica comercial para mermar de manera significativa su capacidad para adoptar una decisión con conocimiento de causa, haciendo que tome una decisión que de otra manera no hubiera tomado (art. 4.1 LCD).

Serán también prácticas comerciales desleales, los actos de engaño que contengan una información falsa o pueda inducir a error cuando incida en: las características principales del bien o servicio; la asistencia postventa y el tratamiento de las reclamaciones; el precio o su modo de fijación, así como el incumplimiento de un código de conducta cuando el empresario se encuentre adherido al mismo, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y el comportamiento de este distorsione de forma significativa el comportamiento económico del consumidor (art. 5LCD).

Asimismo, son prácticas comerciales desleales, con carácter general, las omisiones engañosas (art. 7 y 21), las prácticas agresivas (art. 8 y 31), las prácticas agresivas por coacción (art. 28), las prácticas agresivas por acoso (art. 29), las prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30), las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad (art. 21), las prácticas señuelo, las prácticas promocionales engañosas (art. 22), las prácticas engañosas sobre la naturaleza y las propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios postventa (art. 23), las prácticas de venta piramidal (art. 24), las prácticas engañosas por confusión (art. 25) y las prácticas comerciales encubiertas (art. 26).



Como se puede constatar, el nuevo artículo 47 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como el artículo 49 anterior, no pormenorizan los supuestos tasados que permiten cumplir con el principio de tipicidad de las normas sancionadoras. Ello ha llevado a que la Ley 24/2021, de 2 de noviembre, introduzca un nuevo artículo en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 20 *bis*, relativo a las medidas correctoras como consecuencias de las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios perjudicados.

Respecto a las prácticas comerciales desleales es significativa, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de noviembre de 1990, en la que la recurrente acude al amparo constitucional. En ella se invoca una lesión al principio de tipicidad y de legalidad del ilícito administrativo por el que se le sanciona, dado que la Sentencia de la Sala de Cáceres anuló la sanción por entender que no es posible subsumir conductas no tipificadas en el tipo normativo<sup>565</sup>.

Y ello, es así, porque entendemos que los conceptos jurídicos “abstractos” o “indeterminados” no deben admitir conductas que entren en el tipo, como son las cláusulas abusivas o las prácticas comerciales desleales<sup>566</sup>.

Ahora bien, la indeterminación de los conceptos básicos a la hora de determinar qué conductas son sancionables no es el único problema que plantea el artículo 47 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (anterior art. 49). Esta indeterminación se extendía también a la graduación de las infracciones, dejando en manos de la Administración competente la calificación en infracciones leves, graves o muy graves.

En cuanto a la graduación de las infracciones, es significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de febrero de 2015, que declara inconstitucional el artículo 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña por señalar un concepto jurídico indeterminado a la hora

---

<sup>565</sup> STC (Sala 1ª), núm. 182/1990, de 15 de noviembre (núm. de recurso: 437/88).

<sup>566</sup> En este sentido, Bonachera Villegas señala que la Administración sancionadora deberá atender a criterios lógicos, técnicos o de experiencia a la hora de interpretar los conceptos jurídicos indeterminados, poniendo de ejemplo el concepto de cláusula abusiva en la normativa europea, y señalando que las normativas nacionales puedan ofrecer un concepto más restrictivo. BONACHERA VILLEGAS, “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores”, *op. cit.*, pp. 3 y 9.

de establecer la graduación de la sanción, por lo que concluye el tribunal que la graduación de las sanciones *ad hoc* son contrarias al principio de tipicidad (FJ 3º)<sup>567</sup>, «ya que ello equivaldría una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio»<sup>568</sup>.

Con todo este debate doctrinal y jurisprudencial, finalmente, el Real Decreto 24/2021, de 2 de noviembre, modifica el artículo 48, introduciendo la calificación y la graduación de las penas<sup>569</sup>, por lo que parece que finalmente, se han subsanado algunos de los defectos constitucionales en el ejercicio de la potestad sancionadora en lo que respecta a la graduación de las sanciones. Tanto es así, que ahora sí se señala el artículo 48, la calificación y graduación que corresponde a los empresarios y profesionales, por las acciones u omisiones que constituyan infracciones en materia de consumo, clasificando y calificando cada uno de los apartados del artículo 47 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en infracciones leves [ex art. 48.2, letra a)], graves [ex art. 48.2, letra b)], y graves o muy graves, según las circunstancias que concurren [art. 48, ap. 3, letras a), b), c) d), e), f) y ap. 4].

#### **4. LA ACCIÓN CIVIL EN VÍA ADMINISTRATIVA**

Como ya se indicó, nuestro ordenamiento jurídico permite que los daños entre particulares sean exigidos y liquidados en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, pues contamos con diversas normas que han conferido a la Administración —sea de consumo u otro sector—, distintas potestades relacionadas con los contratos celebrados con los consumidores y usuarios, por ejemplo, en los conflictos relacionados con la prestación de servicios electrónicos.

En materia de consumo tenemos un conjunto de normas que permiten un cierto pronunciamiento de la acción civil por parte de la Administración, y lo han hecho de tres modos distintos:

---

<sup>567</sup> STC (Sala 1ª), núm. 10/2015, de 2 febrero (*cit.*). En el mismo sentido, las STC (Sala 1ª), núm. 252/2006, de 25 de julio [(FJ 4º) núm. de recurso: 2167/2004]; y, STC (Sala 2ª), núm. 100/2003, de 2 de julio (núm. de recurso: 3201/99).

<sup>568</sup> STC (Pleno), núm. 113/2002, de 9 de mayo [(FJ 6º) cuestión de inconstitucionalidad 4098/95].

<sup>569</sup> Este artículo también entrará en vigor el 28 de mayo de 2022 (*ex DF 10, letra c*]).

- Hay normas que se limitan a tipificar como infracción administrativa la contravención del interés contractual del consumidor o usuario, entre estas cabe citar el artículo 47, e), en relación con los artículos 116 y 117 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, relativos al incumplimiento del régimen de garantías y servicios posventa, o del régimen de reparación de productos de naturaleza duradera. Por otro lado, el artículo 47, f), relativo al incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas, o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales;
- Otro grupo de normas confieren a la Administración la potestad de valorar los daños y perjuicios causados por las infracciones cometidas. Entre ellas, podemos citar el artículo 125 de la Ley 2/2011, de 31 de enero<sup>570</sup>, de desarrollo y modernización del turismo en Extremadura<sup>571</sup>; y,
- Finalmente, un tercer grupo de normas, que permite que la Administración no solo sancione y liquide los daños, sino que, además, pueda imponer al infractor la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas del consumidor o usuario. Ello sucede con aquellas normas que establecen multas coercitivas por desatender los requerimientos de pago de indemnizaciones<sup>572</sup>.

Llegados a este punto, antes de ofrecer una postura sobre la “administrativización” de la responsabilidad civil de los empresarios, profesionales, comerciantes, etc., conviene señalar que la responsabilidad civil —contractual y extracontractual— encuentra su base

---

<sup>570</sup> Este precepto señala que: «Si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios cuantificables o susceptibles de ser cuantificados económicamente, la resolución del procedimiento podrá imponer a la persona infractora la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción».

<sup>571</sup> (BOE, núm. 42, de 18 de febrero de 2011)

<sup>572</sup> En este sentido, *vid.*, el artículo 82.1 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo en Canarias (BOE, núm. 122, de 23 de mayo de 1995) que señala: «1. Si como consecuencia de la tramitación de un expediente sancionador, se dedujera la existencia de responsabilidades patrimoniales que diesen lugar a la devolución de cantidades, indemnización de daños o reparación de perjuicios causados, de conformidad con lo previsto en esta Ley, a favor de la Administración pública, en la resolución que se dicte se determinará el importe correspondiente, cuya ejecución forzosa, si fuera necesaria, podrá obtenerse por alguno de los medios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 2. Si en la resolución que se dicte se determinara la reparación de daños y perjuicios que no suponga abono de cantidad líquida, se podrán imponer multas coercitivas en los términos previstos en el artículo 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

fundamental en el Derecho Civil. Tanto es así, que el Tribunal Supremo, al analizar el ámbito de aplicación material de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, ya señaló que, aunque la responsabilidad civil derivada de una infracción administrativa corresponde preferentemente al orden administrativo, es innegable que contiene normas sustantivas que corresponden al orden civil, con los matices que deriven de la propia ley<sup>573</sup>.

Sin embargo, el artículo 48 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con el artículo 130.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1992 —ambas derogadas actualmente— permitían a la Administración de que en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, exigiera al empresario infractor la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados al consumidor derivados del ilícito administrativo, quedando expedita la vía judicial correspondiente cuando el empresario no indemnizara al consumidor en el plazo que al efecto se determinara.

En cambio, La Ley 39/2015, de 1 de octubre que derogó a la Ley 30/1992, no prevé expresamente la posibilidad de que la Administración exija responsabilidad derivada del procedimiento sancionador, salvo que la reparación del daño corresponda a la propia Administración (cfr. art 90. 4).

A pesar de ello, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, sí permite que, junto a las responsabilidades administrativas derivadas de la comisión de una infracción, la Administración exija la responsabilidad civil. Responsabilidad que será determinada y exigida por el órgano al que le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

Bajo esta premisa, podríamos entender que la respuesta que nos hicimos al inicio de estos apartados es afirmativa. Si bien, consideramos que solo será posible exigir la responsabilidad civil derivada de una sanción administrativa si se trata de materias de consumo y no de otras materias. Y no de todas las materias de consumo, sino solo cuando se traten de obligaciones específicas en materia de salud y seguridad de los consumidores; y, más concretamente, cuando se trate de la obligación de retirar, suspender o recuperar

---

<sup>573</sup> STS (Sala 1ª), núm. 540/1996, de 25 de junio (núm. de recurso: 3210/1996).

de los consumidores y usuarios cualquier servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o la seguridad de las personas [art. 13 f) TRLGCU]; y ello, porque en estos supuestos, todos los gastos que se generen de este sanción administrativa correrán a cargo de quien los haya ocasionado (art. 15.2 TRLGCU).

Y es que, no hay duda de que este supuesto sería el único en el que la Administración podría exigir la responsabilidad civil al empresario infractor, dado que, de admitirse la aplicación del artículo 48 sin limitación alguna, sería como afirmar que la Administración pueda pronunciarse sobre un derecho subjetivo privado que le corresponde en exclusiva accionar al titular del derecho —consumidor o entidades habilitadas al efecto—, bien por la vía judicial civil, bien por la vía del arbitraje de consumo o cualquier otro medio de resolución de conflictos.

La situación que exponemos también ha generado dudas de constitucionalidad. Y no porque nuestra norma suprema prohíba la autotutela de la Administración, sino más bien porque *«el legislador ordinario no puede atribuir a la Administración una potestad de actuar en Derecho que no tenga su base en una previa situación jurídica material de la propia Administración, a cuya tutela pueda proveer ella misma, sino que se proyecte o recaiga solamente en una situación jurídica ajena, en este caso, el derecho a la reparación o al resarcimiento que le corresponde al consumidor»*<sup>574</sup>.

Y ello es así, porque la atribución de la autotutela vulnera el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y es inconstitucional. Inconstitucionalidad, que no es óbice para el control de la potestad reglamentaria de la actuación administrativa en el orden contencioso-administrativo (art. 106.1 CE)<sup>575</sup>.

---

<sup>574</sup> ORTELLS RAMOS, M. (con Bonet Navarro, Martín Pastor y otros), *Introducción al Derecho Procesal* (Ortells Ramos dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2019, p. 138.

<sup>575</sup> BONACHERA VILLEGAS, R, “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores”, *op. cit.*, p. 4. En cambio, algunos autores sostienen que lo que se está protegiendo es un derecho subjetivo público, y que se trata de una potestad de ejercicio discrecional atendidos los beneficios para el interés público, es decir, se trata de proteger constitucionalmente a los consumidores como colectivo, cuando del ejercicio de la potestad sancionadora derivan daños y perjuicios a una pluralidad de consumidores afectados. Y que esta tesis sería suficiente para sostener la posibilidad de la reparación civil de la Administración sancionadora [Cfr., CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., “Alcance de la reposición e indemnización al consumidor en el seno del procedimiento sancionador de consumo (artículo 48 TRLGCU)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3, 2013, p. 19. Disponible en:

Por último, en caso de que fuera constitucionalmente admisible el ejercicio de la acción civil de la Administración competente, hemos de preguntarnos cuál es el alcance de esa intervención, pues esta situación queda extramuros de la Ley de Procedimiento Administrativo Común y de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tampoco la Ley 1/2007 nos da esta solución. En este sentido, como señala Bonachera Villegas, el ejercicio de la potestad sancionadora no aclara si la Administración puede realizar las siguientes actuaciones:

- De un lado, dirigir un mandato contra el empresario o profesional infractor, que conlleve la reposición al consumidor de la situación alterada o la indemnización de los daños y perjuicios causados;
- De otro, puede fijar simplemente las bases de esa responsabilidad civil sin que quepa ejecución por la vía de apremio.

Si se opta por la primera opción, consideramos que la resolución sería un acto puramente administrativo, cuya impugnación corresponde a los órganos contencioso-administrativos (*ex art. 106 CE y 9.4 LOPJ*), en tanto que, si se opta por la segunda opción, la resolución no sería un acto administrativo, teniendo en este caso la resolución los efectos de un documento probatorio<sup>576</sup>. Documento que no vincularía a los tribunales civiles en caso de un eventual proceso judicial, salvo que se le otorgara a la resolución los efectos de un documento público derivado de un acuerdo de mediación o, en su caso, el documento fuera homologado por el juez, a modo de lo que sucede en la conciliación judicial, cuando las partes alcanzan un acuerdo en el seno de un proceso.

Incluso, podríamos plantearnos si pudiera llegar a constituir un título ejecutivo extrajudicial, por vía del artículo 517.2, apartado 9º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que el legislador quisiera darle tal eficacia en aquella, o en otra ley.

---

[<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3418/Alcance%20de%20la%20reposicion%20e%20indemnizacion%20al%20consumidor.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

<sup>576</sup> *Vid.*, el Informe de la Comisión de Cooperación de Consumo, de 19 de julio de 2007. A favor, BONACHERA VILLEGAS, R., *ibidem*, p. 4

En cuanto a la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, ha de indicarse que tampoco la norma deja claro si la Administración que ejerce la potestad sancionadora puede iniciar de oficio un expediente sancionador que incluya la responsabilidad civil —contractual o extracontractual— o, en cambio, solo puede pronunciarse sobre dicha responsabilidad, si el consumidor ha cursado denuncia, acumulando la eventual responsabilidad derivada del presunto incumplimiento.

Lo cierto es que existen argumentos para sostener ambas posturas. La norma señala que los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio a instancia del órgano competente, pero también es posible que aquel pueda abrir el procedimiento sancionador tras la presentación de la denuncia; y ello, sin tener en cuenta la obligación de la Administración de poner en conocimiento de los “interesados”, la iniciación del procedimiento, entendiéndose por tal, en todo caso, al inculpado (empresario o profesional), como al denunciante (consumidor), sin perjuicio de que en este último supuesto, solo si lo prevén las normas que regulen la infracción que pretenda sancionarse (cfr., art. 64. 1 LPAC).

En este punto, debemos determinar qué debemos entender por «denunciante» y por «interesado», a efectos de la notificación del pertinente procedimiento sancionador, dado que la mera presentación de una denuncia no confiere por sí sola la condición de interesado en el procedimiento (*ex art. 62.5 LPAC*).

Parece que la intención del legislador es que el «denunciante» sea simplemente un intermediario que pone en conocimiento de la oficina de consumo la infracción cometida por un empresario, contra uno o varios sujetos y que estos sujetos tengan la condición de consumidores. Pero el sujeto se limita a poner en conocimiento la infracción, pudiendo incluso no ser ni parte afectada por el hecho dañoso, en cuyo caso no tendrá la consideración de «interesado».

Si el sujeto que denuncia es una entidad habilitada (*v.gr.*, una asociación de consumidores y usuarios), además de poner en conocimiento los hechos que son objeto de infracción administrativa, cabe plantearse si puede cursar una reclamación, adquiriendo la condición de interesado.

Además, debemos plantearnos, si la infracción cometida puede afectar a una pluralidad determinada o indeterminada de consumidores, y si una vez finalizado el procedimiento administrativo sancionador, la entidad habilitada puede solicitar la ejecución de la resolución.

No plantea duda alguna que los consumidores indeterminados no, dado que no serán notificados por no tener la Administración a efectos de la ley la condición de interesados en el procedimiento, pues ellos no han cursado la reclamación.

Cómo epílogo final de este complejo apartado, concluimos indicando lo complejo y confuso que es el artículo 48 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios — y lo es también el artículo 51.6—, toda vez que la potestad que consagra es discrecional, por lo que la Administración puede ordenar la reposición o indemnización, pero no está obligada a ello, con los problemas que ello puede ocasionar si al mismo tiempo se inicia un procedimiento sancionador y un proceso civil, o de forma sucesiva, dada la inexistencia de litispendencia y cosa juzgada entre la vía administrativa y la vía judicial civil.





**CAPÍTULO TERCERO**  
**PROYECCIÓN DE FUTURO DE LOS MEDIOS DE**  
**RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS**



# I. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

## 1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha debatido sobre la ineficiencia de nuestro sistema judicial; como ya decía el filósofo, político y pensador Séneca: *“nada se parece tanto a la injusticia como una justicia tardía*. Y, sí algo caracteriza a nuestra justicia civil, por no entrar en otros órdenes jurisdiccionales, es que es excesivamente burocrática y lenta. Lentitud, que deriva de diversos factores entre los que destacan, la falta de medios personales y materiales y, en los últimos tiempos, la paralización de la justicia provocada por la crisis sanitaria del Covid-19.

Ello ha llevado a los poderes públicos a la necesidad de establecer medidas sustantivas y procesales, tendentes a paliar el impacto que esta paralización ha tenido sobre los derechos de los justiciables. Derechos que han venido consolidándose a lo largo del tiempo, que se están poniendo en riesgo, y que pueden traer consecuencias nefastas en la sociedad moderna del siglo XXI.

En este contexto, se ha elaborado el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 15 de diciembre de 2020, cuya finalidad es la de construir un instrumento normativo a integrar en el ordenamiento jurídico dentro del Plan de Estrategia Justicia 2030. Este plan, que se enmarca y conecta con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea *Next Generation*, trata de dar una respuesta a los problemas surgidos en torno a la pandemia mundial provocada por la Covid-19; al tiempo que potencia los mecanismos de la Administración de Justicia que permitan dar una respuesta más ágil y eficaz a las partes, a la vez que ayudan a paliar el incremento de la litigiosidad provocada por la pandemia.

Como presagio de esta finalidad, el trámite de audiencia e información pública, a través del cual se recabó la opinión de todos los ciudadanos al texto del Anteproyecto, comenzó

el día Europeo de la Mediación, esto es, el 21 de enero de 2021, y estuvo disponible hasta el 11 de febrero de 2021<sup>577</sup>.

En cuanto a la estructura de la norma, el Anteproyecto consta de una extensa Exposición de Motivos y pivota sobre tres ejes o núcleos principales: un Título I, que lleva por rúbrica de los «*Medios adecuados de solución de controversias*»; un Título II, relativo a la «*Modificación de leyes procesales*»; y, un Título III, relativo a la «*Transformación digital*». Asimismo, la norma contiene 10 disposiciones adicionales, 3 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 7 disposiciones finales.

El objetivo que se predica de esta norma, gira en torno al concepto de eficiencia procesal, que se traduce en la introducción de medidas de agilización en los procedimientos, sean cuales sean los órganos jurisdiccionales. Estas reformas no solo se plasman en las normas procesales, sino también en algunas normas sustantivas; de suerte que las medidas de agilización procesal afectan a los siguientes órdenes jurisdiccionales y, por consiguiente, a las siguientes normas procesales: primero, al orden jurisdiccional civil, afectando a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria; segundo, al orden jurisdiccional penal, afectando a la Ley de Enjuiciamiento Criminal; tercero, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, afectando a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y, finalmente, al orden jurisdiccional social, alterando la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Como punto de partida, ha de advertirse al lector, de que el Anteproyecto hace referencia a las ADR u ODR con una denominación distinta a la que venimos utilizando a lo largo de esta investigación, pues acoge la denominación de Medios *adecuados* de solución de controversias, comúnmente conocidas ya por parte de la doctrina con el nombre de MASC<sup>578</sup>. Con esta denominación, ya se evidencia la intención del legislador,

---

<sup>577</sup> Este trámite estuvo disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/participacion-publica-proyectos-normativos/proyectos-real-decreto> (consulta: 2 de mayo de 2021). Asimismo, en el portal web del Ministerio, puede consultarse el documento que contiene el Análisis del Impacto Normativo en el que se señala que la norma tendrá un impacto económico positivo.

<sup>578</sup> Vid., entre otros, HINOJOSA SEGOVIA, R., “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, en *Diario La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 5, 2021; y, PICÓ JUNOY, J., “MASC y costas procesales en el futuro procesal civil: ¿la cuadratura del círculo?” en *Diario La Ley*, núm. 9801, 2021, pp. 1-10.

de potenciar la solución extrajudicial de conflictos, con el objetivo último de descongestionar la justicia.

Ello nos obliga a realizar una delimitación sobre esta denominación. La norma engloba bajo esta denominación, a todos los medios de solución de controversias, se den fuera del ámbito judicial o dentro del mismo, excepto al arbitraje. Si bien, consideramos más adecuado reservar esta denominación cuando el método se dé en el seno de un proceso judicial ya iniciado, o bien, sin haberse iniciado propiamente actuaciones judiciales, cuando ya se haya presentado la demanda en sede judicial, en tanto que reservamos la denominación de «*Medios adecuados de solución de conflictos*», cuando no se haya iniciado el proceso, ni haya actuaciones judiciales que den indicios de que va a iniciarse<sup>579</sup>.

El objetivo que se persigue con los MASC es precisamente potenciar y recuperar la capacidad negociadora entre las partes, evitando la confrontación y reduciendo los conflictos sociales, dado que estos medios, en la medida en que reconducen los conflictos a una solución extrajudicial exigible, o al menos, a su intento, son tan adecuados como la vía judicial para solucionar los conflictos que surjan en materia civil y mercantil. Por ello, el Anteproyecto potencia especialmente la mediación, tanto en sede extrajudicial, como en sede judicial, al tiempo que introduce otros nuevos instrumentos que ya están vigentes en el Derecho comparado. Ello se ha llevado con apoyo de un análisis efectuado por la Comisión Europea, que ya ha estudiado la introducción de mecanismos de incentivación y beneficio fiscal a las partes que recurran la mediación o a otra actividad negocial.

Asimismo, se prevén también mecanismos “sancionadores” para los supuestos en los que se rechace injustificadamente el uso de estos mecanismos. En este aspecto, debemos

---

<sup>579</sup> En este sentido, Hinojosa Segovia, ha indicado que el prelegislador ha optado por hacer referencia a los MASC, en vez de con la terminología de «*Métodos adecuados de solución de controversias*», con la de «*Medios adecuados de solución de controversias*». Ello entiende que se debe, a que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define el término «*medio*», como «*cosa*», en este caso, el autor señala que mejor que «*cosa*», “*instrumento*”, «*que puede servir para un determinado fin*», en vez del término «*método*», que es el «*procedimiento que sirve en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla*». Por ello, señala que el primer término es más preciso para denominar estos mecanismos. Asimismo, el autor prefiere hacer referencia ellos con el término «*controversias*» en vez de usar el término «*conflictos*», dado que señala que el primero no implica confrontación [Cfr., HINOJOSA SEGOVIA, R., *ibidem*, p. 2]. A nuestro juicio, en cambio, como ya señalamos en líneas anteriores, es más correcto hacer referencia a ellos con el término «*conflictos*», para referirnos a ellos en el ámbito extrajudicial y, «*controversias*», para referirnos a ellos en el ámbito judicial.

recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las normas que introducen mecanismos “sancionadores” por la retirada de las partes de un procedimiento de mediación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que, una legislación nacional que atribuye consecuencias desfavorables a las partes en un proceso judicial que pueda darse con posterioridad, por la retirada de una de las partes del procedimiento de mediación, para los supuestos en los que no concurra «*causa justificada*», es contraria al artículo 8, letra *b*), de la Directiva 2013/11/UE, a menos que, el concepto de «*causa justificada*», englobe como motivo justificado para apartarse de la mediación, la insatisfacción del interés de la parte que se retiró del procedimiento de mediación<sup>580</sup>.

En cuanto al papel que asumen los profesionales del Derecho en estas soluciones adecuadas para solucionar los conflictos, el Anteproyecto incrementa el protagonismo de aquellos, ya sea en su rol de abogados o procuradores, de los mediadores, de los graduados sociales, de los notarios y de los registradores, entre otros. Si bien, donde más hincapié se hace es en la figura del abogado, dado que la norma recuerda, que está obligado a procurar el arreglo entre las partes, previendo la remuneración de su actividad negocial, incluso cuando su actividad derive del turno de oficio.

El Anteproyecto, además, introduce otros mecanismos de negociación asistida, siendo posible la utilización de otros medios eficaces que sean subsidiarios a la actividad negociadora directa que ejerza el abogado.

En este punto, ya podemos adelantarnos a decir, que el Anteproyecto, a diferencia de la Ley 7/2017, engloba dentro del concepto de MASC, a todos los métodos alternativos de resolución de conflictos a los que las partes acudan para llevar a cabo una actividad negocial, sean métodos autocompositivos, con o sin la intervención de un tercero, sean de aceptación voluntaria u obligatoria para las partes, o se lleven a cabo en sede extrajudicial, como en sede judicial, salvo al arbitraje. Ello se debe, a que este método heterocompositivo se configura como equivalente jurisdiccional, y su efecto de cosa juzgada impide que el conflicto sea juzgado de nuevo en sede judicial, luego entendemos

---

<sup>580</sup> STJUE (Sala 1ª), de 14 de junio de 2017 (*cit.*) en la que el Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Verona. Sentencia, que ya fue objeto de estudio en el Capítulo primero, junto con otros pronunciamientos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia.

que no cabe la posibilidad de que las partes acudan a él para acreditar el requisito de procedibilidad.

En efecto, el Anteproyecto pone el acento en que la justicia no se base únicamente en la “administración contenciosa” (EM, ap. II), sino más bien en un sistema de justicia deliberativa. Justicia esta, que pretende evitar el monopolio judicial de la resolución de los conflictos y que conlleva, la asunción de responsabilidad por parte de los colegios profesionales, que deberán disponer de medios adecuados en el seno de sus instituciones, para facilitar el acuerdo consensuado, dado que ello caracteriza a las sociedades democráticas avanzadas<sup>581</sup>

Antes de comenzar con el análisis del Anteproyecto, debemos señalar que no es la primera vez que una norma pretende implementar como requisito de procedibilidad, los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, especialmente, la mediación. De hecho, en materia de consumo, aunque la Ley 7/2017 optó con carácter general por la participación voluntaria de las partes en estos métodos extrajudiciales, dejó abierta la posibilidad de que se regularan mecanismos de participación obligatoria, siempre que los mecanismos que finalizaran con resultado vinculante no impidan a las partes plantear el conflicto en sede judicial.

Dada la posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de imponer algunos métodos extrajudiciales, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, de 11 de enero de 2019, que fue avalado por el Consejo General del Poder Judicial, el 28 de marzo de 2019. Este Anteproyecto, ya pretendió acabar con el modelo exclusivamente voluntario de la mediación, e implantar un modelo de mediación denominado de «*obligatoriedad mitigada*». Ello se traduce en la obligación de las partes de asistir a una sesión informativa y exploratoria del conflicto, durante los 6 meses previos a la interposición de la demanda, en unas materias concretas del ámbito civil, como

---

<sup>581</sup> En este sentido, Armenta Deu indica que con el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, “*se pone (...) claramente de relieve un singular interés en «derivar» la resolución de conflictos fuera de la administración de justicia, (...) una de cuyas finalidades más relevantes es reducir gastos y procurar una más rápida solución del conflicto*” [ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 42].



reclamaciones de cantidad de escasa cuantía, para exigir el pago de deudas hipotecarias, cuando constituya la vivienda habitual del deudor o de su familia<sup>582</sup>.

Sin embargo, no supone la obligación de que las partes permanezcan durante todo el procedimiento de mediación, ni tampoco que lo finalicen con un acuerdo, por lo que no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, porque se configura como un trámite previo que no excluye la vía judicial<sup>583</sup>.

El Anteproyecto, por otra parte, mantuvo la intervención voluntaria del abogado y del procurador en el procedimiento de mediación, al tiempo que introdujo la posibilidad de que el tribunal que estuviera conociendo en primera instancia de los procesos declarativos, pudiera acordar la derivación de las partes a un procedimiento de mediación (mediación intrajudicial), siempre que no se hubiera intentado una mediación previa al proceso, y considere que, por las características del conflicto, puedan ser resueltos por esta vía, salvo en los conflictos cuyo objeto afecte a derechos y obligaciones que no sean disponibles para las partes, en virtud de la legislación que resulte de aplicación (*ex art. 398.1 bis*).

Otra de las novedades más significativas del Anteproyecto de 2019, es que indica que se preveía la modificación de los planes formativos en el plazo de 1 año desde la publicación de la ley, en concreto, del Grado en Derecho, así como de otros grados estuvieran relacionados, para incluir la asignatura de la mediación con carácter obligatorio. Sin embargo, salvo error por nuestra parte, esta implantación finalmente, no se ha llevado a cabo.

---

<sup>582</sup> En este sentido, Conde Fuentes, entiende que la obligatoriedad de la mediación debe referirse a la sesión informativa para los empresarios, mientras que debe seguir siendo voluntaria para el consumidor [Cfr., CONDE FUENTES, J., “La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución litigios en materia de consumo” en *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*” (Jiménez Conde, dir. y Fuentes Soriano/González Cano, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 314.

<sup>583</sup> Este intento de implementar la mediación obligatoria es fruto de la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2017, a la que nos hemos referido en distintas ocasiones. En ella, el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión Europea no se opone a una norma de carácter nacional conforme a la cual, en determinados conflictos, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que no se impida el acceso a un proceso judicial posterior [STJUE (Sala 1ª) de 14 junio 2017 (*cit.*)].

En cuanto a su vigencia, la Disposición final segunda del Anteproyecto, señala que entrará en vigor a los 3 años de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», esto es, se preveía que el Anteproyecto entrara en vigor, el 11 de enero de 2022. Lamentablemente el Anteproyecto de 2019, que venía a introducir reformas en la mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio, en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, no ha llegado a aprobarse.

Habiendo puesto de manifiesto que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, no es el primer intento de implementar la mediación como requisito de procedibilidad en el ordenamiento jurídico español, y que este, además de potenciar la mediación, fomenta cualquier otra actividad negociada para que las partes resuelvan sus conflictos, ha de señalarse que la norma entrará en vigor a los 3 meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (*ex DF 7ª*). Sus previsiones solo se aplicarán a los procedimientos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, en tanto que en los procesos judiciales que se hallen en curso, deja abierta la posibilidad de que se sometan a cualquier MASC de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (*ex DT 1ª*).

Como epílogo de este apartado para concluir, dada la dispersión, por no decir conflictiva regulación de los MASC en el Anteproyecto<sup>584</sup>, vamos a centrar nuestra atención en los preceptos que afectan a la resolución extrajudicial de conflictos, así como a los métodos a los que hace referencia la norma para sancionar a las partes, esto es, a las costas procesales.

### **1.1. Los medios adecuados de solución de controversias**

Como venimos señalando, los MASC se regulan en el Título I, a los que el Anteproyecto denomina medios *adecuados* de solución de controversias, pretendiendo potenciar estos medios frente a la solución judicial del conflicto. Denominación, que

---

<sup>584</sup> En este aspecto, *vid.*, las observaciones al articulado del Título I, realizadas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de julio de 2021, al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia> (consulta: 20 de enero de 2022).

cuanto menos es cuestionable, dado que da a entender que la vía inadecuada es la judicial<sup>585</sup>; de ahí que haya varias propuestas que postulan un cambio de denominación.

Antes de analizar el artículo del Título I, procede exponer su estructura. El Capítulo I comprende los artículos del 1 al 8, dedicado a las «*Disposiciones generales*»; allí se regula, respectivamente, el concepto y la caracterización de los MASC (art. 1), la asistencia letrada (art. 2), el ámbito de aplicación de los MASC (art. 3), los efectos de la apertura del procedimiento de negociación y su terminación sin acuerdo (art. 4), las actuaciones llevadas a cabo por medios telemáticos (art. 5), el principio de confidencialidad que rige en sus actuaciones (art. 6), la acreditación de la actividad negocial (art. 7) así como los honorarios de los profesionales que intervengan en los MASC (art. 8).

De estos articulados, podemos destacar la importancia que se ha dado a la asistencia letrada, manifestada en la regulación expresa de algunos supuestos en los que será preceptiva su asistencia y en la regulación de sus honorarios.

El Capítulo II, por su parte, se dedica a los efectos de la actividad negociadora, comprendiendo los artículos 9 y 10. En el primero de los preceptos citados se regula la formalización documental del acuerdo y su elevación a escritura pública, así como la posibilidad de que el acuerdo sea homologado judicialmente; en tanto que el artículo 10, se dedica a la regulación de la validez y eficacia del acuerdo. Siendo este último, uno de los aspectos más polémicos de la regulación de los MASC, habida cuenta de que el precepto señala que: «*el acuerdo alcanzado tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto*», señalándose, a renglón seguido, que: «*contra lo convenido en el acuerdo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*».

Esta atribución de cosa juzgada resulta criticable, dado que, como bien señala el Consejo General del Poder Judicial, el acuerdo tiene un valor netamente contractual, y no

---

<sup>585</sup> *Vid.*, las observaciones del Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Puede consultarse en: [http://www.icasv-bilbao.com/images/actualidad/Observaciones%20APL%20Eficiencia%20Procesal\\_Definitivo3.pdf](http://www.icasv-bilbao.com/images/actualidad/Observaciones%20APL%20Eficiencia%20Procesal_Definitivo3.pdf) (consulta: 20 de enero de 2022).

puede atribuírsele el valor propio de un pronunciamiento jurisprudencial firme, esto es, contrato y sentencia son realidades jurídicas que no deberían confrontarse. Quizás, el error en el prelegislador ha estado en atribuir erróneamente, la eficacia que el acuerdo de transacción da a la eficacia que debe dispensarse a los MASC, dado que el artículo 1816 del Código Civil señala que: *«la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial»*.

Finalmente, el Capítulo III comprende los artículos 11 a 15 del Anteproyecto, dedicados a la regulación de las diferentes modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional que cuentan con una regulación específica, sea en el propio texto del Anteproyecto o en otra legislación especial, a los que en ocasiones la norma hace referencia expresa; y otros MASC dedicados a la regulación de la nueva conciliación privada en los artículos 12 y 13, a la oferta vinculante confidencial regulada en el artículo 14, en tanto que el artículo 15 regula la opinión de un experto independiente.

A voz de pronto, y sin perjuicio de una ulterior profundización, podemos concluir que, en lo que respecta a las reclamaciones en materia de consumo, el requisito de procedibilidad se cumple, si se acude a cualquier método extrajudicial de resolución de conflictos admitidos en virtud de lo señalado por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, o, si se opta por la simple reclamación directa, en los términos previstos en la Disposición adicional séptima.

Es, en este sentido, en el que, a nuestro juicio, debe interpretarse lo dispuesto en la Disposición adicional sexta del Anteproyecto, en lo que respecta a los conflictos en materia de consumo. Disposición según la cual:

*«En los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto en los previstos en la legislación especial en materia de consumo como los generales previstos en la presente ley»*.

### 1.1.1. Concepto y caracteres

Si algo caracteriza a las MASC es que el Anteproyecto entiende por medio adecuado de solución de controversias, a cualquier actividad negocial al que las partes acudan de buena fe, con el objetivo de encontrar una solución extrajudicial a su conflicto, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral (art. 1.1).

De tal forma que se opta por un listado abierto de MASC, ya que las partes podrán acudir a cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada o no, proyectándose también esta libertad de las partes, sobre la forma a través de la cual se realice este MASC, dado que se deja abierta la puerta al uso de los medios telemáticos en la resolución del conflicto (*ex art. 5*).

Así, el prelegislador ha procurado compensar la obligatoriedad de intentar un MASC como presupuesto procesal para la admisión a trámite de la demanda, con una amplia elección del medio o instrumento de negociación a través del cual se cumpla tal presupuesto<sup>586</sup>.

En este sentido, ha de señalarse que el concepto abierto de MASC resulta coherente con la concepción tradicional de las fórmulas autocompositivas, que parten de la autonomía de la voluntad y libertad de las partes. Estas podrán optar por acudir a aquellos métodos con una trayectoria y uso contrastado, como la mediación y la conciliación, que cuentan con una regulación propia en los que interviene un tercero neutral, por otros medios, como la negociación directa, o por otros métodos más novedosos, que una vez realizados dejen expedita a las partes el acceso a la jurisdicción.

Lo cierto es, que esta libertad de elección del MASC al que acudir con carácter previo al ejercicio de la acción judicial, queda atenuado en materia de consumo, puesto que el Anteproyecto modifica determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para indicar el MASC que ha de utilizarse en determinados sectores de consumo.

---

<sup>586</sup> En este aspecto, *vid.*, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto (*cit.*), en el que se aconseja una aproximación gradualista en la configuración de los MASC, debiendo haberse optado por un modelo de obligatoriedad mitigada, en relación con aquellas materias que, por su naturaleza, puedan ser más susceptibles de transacción o acuerdo a través de aquellos medios adecuados de solución de controversias más idóneos, por su desarrollo e institucionalización, para lograr resultados (ap. 49).

Por ejemplo, se proyecta la modificación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las reclamaciones de cantidad que formule el consumidor. En concreto, tales preceptos señalan lo siguiente:

- En primer lugar, el apartado 5 indica que no se admitirán a trámite las demandas de juicio verbal de cantidad formuladas al amparo del artículo 250.2<sup>587</sup> del Anteproyecto, en los supuestos de cancelación, denegación de embarque o retraso susceptible de indemnización recogidas en el Reglamento 261/2004, de 11 de febrero de 2004<sup>588</sup>, en los que no se haya interpuesto reclamación previa ante AESA, conforme a lo dispuesto en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre;
- En segundo lugar, el apartado 6 señala que no se admitirán a trámite las reclamaciones de cantidad formuladas al amparo del artículo 250.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos de pérdida o retraso del equipaje, así como de cancelación o denegación de embarque o retraso, recogidas en el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional<sup>589</sup>, en las que no se acredite la reclamación previa por el pasajero a la compañía aérea con al menos, 15 días de antelación; y,

---

<sup>587</sup> Este artículo indica que se decidirán en el juicio verbal las demandas de cantidad que no excedan de 15.000 euros y no se refieran a las materias que prevé el artículo 250.1 del Anteproyecto, entre las que destacan, entre otras, las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (ap. 12 *sic*), así como las demandas en las que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre la materia (ap. 14 *sic*).

<sup>588</sup> Para un mayor abundamiento sobre el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal, *vid.*, DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo tras la Ley 3/2020 de medidas procesales para hacer frente al Covid-19”, *op. cit.*, pp. 1-25.

<sup>589</sup> En este sentido, será obligatoria la reclamación previa para plantear demandas de reclamación de cantidad, cuando los conflictos versen sobre retraso o cancelación del vuelo, *v. gr.*, *overbooking*, o de los conflictos que puedan derivar de aquellas materias: alimentos, bebidas, alojamientos en hotel, cuando sea necesario pernoctar, el transporte hacia y desde el aeropuerto, dos medios de comunicación (llamadas telefónicas o correos electrónicos), y el reembolso de los gastos realizados, hasta un límite de 5.500 euros, incluyendo, los artículos de primera necesidad que sean adquiridos por los pasajeros y que surjan por retraso del equipaje. Asimismo, será necesaria la reclamación previa en los supuestos en los que se reclamen indemnizaciones por retraso, pérdida y destrucción del equipaje hasta un máximo de 1.400 euros, así como las indemnizaciones en caso de lesiones o muerte de un pasajero y los gastos médicos que deriven del accidente, con un máximo de 140.000 euros.

No obstante, hemos de indicar que el ámbito territorial del Convenio, no se extiende a todos los vuelos internacionales, dado que solo incluye los vuelos que partan de países que sean parte del Convenio de Montreal, entre los que destacan, España, Francia e Italia, entre otros. Puede consultarse el listado de países que son parte del Convenio en el siguiente enlace: [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf) (consulta: 1 de noviembre de 2021).

- En tercer lugar, el apartado 7, que indica que tampoco se admitirán a trámite las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de las cantidades indebidamente cobradas al consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, cuando el consumidor no acredite que ha intentado una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que le ha concedido el préstamo de manera profesional, con la finalidad de que reconozca expresamente la abusividad de la cláusula, y devuelva las cantidades indebidamente cobradas y satisfechas por el consumidor.

De tal forma, que implícitamente también se ha modificado el tenor literal de la Ley 7/2017, así como las Disposiciones generales que regulan estos métodos de resolución de conflictos, dado que de ser un método obligatorio para el consumidor, han pasado a ser métodos obligatorios para ambas partes del contrato de consumo, al menos en vía judicial; aunque la decisión que dicte el director de AESA no sea vinculante para el pasajero, cuando resuelve una reclamación en el sector del transporte aéreo, en tanto que sí es vinculante para la compañía aérea. Para el pasajero se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad cuando presente la reclamación previa ante AESA; y, para la compañía aérea cuando se haya dictado decisión motivada. Siendo así, podemos decir que, inicialmente, la negociación directa previa a los consumidores con carácter previo a la iniciación de un procedimiento extrajudicial, por lo que era de carácter unidireccional. Sin embargo, con el Anteproyecto, parece que la reclamación previa pasa a ser de carácter bidireccional, porque también deben cumplirlo los empresarios, y en el caso que nos ocupa, las compañías aéreas.

Pero esta no es la única norma a la que afecta el Anteproyecto en su intento de potenciar la solución extrajudicial de los conflictos, puesto que también contiene puntuales modificaciones de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles<sup>590</sup>: se modifican los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad en relación a las modificaciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que respecta al requisito de procedibilidad, a la asistencia letrada, a la sesión inicial y mediación por derivación o la actividad comercial que se encomienda a los letrados.

---

<sup>590</sup> Ley esta modificada por la Disposición final cuarta del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

Y todo ello, sin olvidar, en coherencia con la modificación proyectada del intento de negociación como un requisito procedimental, que se ha de modificar el tenor de la Ley de Enjuiciamiento Civil para hacerlo efectivo. Así, el Anteproyecto modifica el artículo 262.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los documentos que deben acompañar a la demanda, indicando que se ha de aportar el documento que acredite el intento de la actividad negociadora.

Por otra parte, también se modifica el artículo 399.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, con respecto al contenido de la demanda, indica que se ha de hacer constar la descripción del procedimiento de negociación previa que se haya seguido y los documentos que justifiquen que se ha acudido a un MASC, salvo en los supuestos exceptuados en la Ley de acreditar el requisito de procedibilidad. Simultáneamente, el Anteproyecto modifica el artículo 403.2, relativo a la inadmisión de las demandas, cuando no se cumpla lo preceptuado en los artículos anteriores.

Asimismo, cuando este Anteproyecto de Ley entre el vigor quedará derogado el Real Decreto 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que hace referencia a la reclamación previa del consumidor en materia de cláusulas suelo (DD), sin perjuicio de que la Disposición adicional séptima introduce esta reclamación previa, añadiendo un nuevo apartado 7 al artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y todo ello, sin contar con las novedades *ex novo* que contiene, en relación con otros MASC, como es la conciliación privada, esto es, la que no se atribuye ni al juez o al letrado de la Administración de Justicia (conciliación judicial), ni al notario o registrador (conciliación extrajudicial), en virtud de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>591</sup>, de la Ley del Notariado o de la Ley Hipotecaria.

### **1.1.2. Ámbito material en el que han de desenvolverse los medios adecuados de solución de controversias**

Al igual que sucede con el resto de normas, el Anteproyecto hace referencia al ámbito material de aplicación en el que han de desenvolverse los MASC. Por ello, hemos optado

---

<sup>591</sup> Ley esta modificada por la Disposición final quinta del Anteproyecto.



por dividir en 3 grandes bloques los criterios o límites que delimitan su ámbito de aplicación: un criterio objetivo; un criterio espacial o territorial; y, un criterio subjetivo.

### A) **Ámbito objetivo**

Como venimos indicando, el artículo 1.2 del Anteproyecto consagra el principio de autonomía privada en los MASC, cuyos límites ya se consagran en otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, como son, el artículo 1255 del Código Civil<sup>592</sup>, y el artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular este último la facultad de los litigantes para disponer sobre el objeto del proceso, sin más límites que los dispuestos en las leyes por razones de interés general o en beneficio de un tercero.

Por otra parte, el Anteproyecto contempla la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo parcial o total al acudir a los MASC, siendo parcial el acuerdo, quedaría expedita la vía judicial respecto de los extremos de la controversia en los que se mantenga la disputa, en tanto que, si el acuerdo es total, las partes podrán impugnarlo en vía judicial, alegando su invalidez o ineficacia (ha de entenderse sin necesidad de acreditar haber acudido a un MASC).

Para entender cumplido el requisito de procedibilidad, el artículo 1.3 señala que habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando puedan variar las pretensiones sobre dicho objeto.

Este precepto sobre el que se asienta el requisito de procedibilidad es cuanto menos criticable, por su parca regulación, pues como señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial:

*«(...) se trata de una regulación sucinta de una cuestión esencial y compleja, que deja abiertas dudas relevantes. No queda claro si la exigencia de identidad de objeto entre la negociación y el proceso debe entenderse en términos estrictos de modo que se trate de eadem causa, eadem questio, inter eadem personas. Si la voluntad del prelegislador es exigir la triple identidad de partes, objeto y causa para entender por cumplido el requisito de procedibilidad, deben plantearse, entonces, los efectos que tal exigencia ha de tener sobre las distintas vías de ampliación del objeto del proceso a través de la acumulación de acciones (art. 12 LEC), la ampliación de la demanda (art. 401 LEC), la reconvencción (art. 406 LEC) o la intervención*

---

<sup>592</sup> Este precepto indica que los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que convengan, salvo que sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

*provocada (art. 14 LEC). Este punto debe ser aclarado expresamente por el anteproyecto para que los destinatarios de la norma puedan saber si el requisito de procedibilidad será exigible para el planteamiento de acumulaciones objetivas o subjetivas de acciones, la ampliación de la demanda, la formulación de reconvencción por el demandado o la provocación de intervención de tercero. La posibilidad abierta por el precepto proyectado de que las pretensiones formuladas en vía judicial puedan variar respecto del objeto de la negociación arroja más incertidumbre sobre el exacto alcance de la exigencia legal, pues parece sugerir que la identidad de objeto entre negociación y litigio cabe interpretarla en términos amplios como equivalente a que una y otro versen sobre la sustancia del conflicto con independencia de la perfecta correspondencia entre partes y cuestiones jurídicas suscitadas. Es necesario un esfuerzo de precisión en el anteproyecto sobre el ámbito de exigibilidad del requisito de procedibilidad» (ap. 59).*

Por todo ello, proponemos la modificación del apartado 3º del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en consonancia con otros preceptos existentes en nuestras normas procesales, en donde se exige la mediación o la conciliación previa. Ello sucede en el artículo 80, letra c) de la Ley de la Jurisdicción Social que, a nuestro juicio, solucionará las dudas interpretativas del artículo 1.3 del Anteproyecto. La modificación que proponemos tendría el siguiente tenor:

*«Los hechos se narran de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los deducidos en conciliación, mediación o negociación previa, ni introducirse variaciones sustanciales, salvo que se trate de hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad».*

#### — *Materias no negociables*

El artículo 1.4 de, Anteproyecto establece un conjunto de materias excluidas de la obligación de negociación, dado que son materias excluidas del poder de disposición de las partes e, incluso, se prohíbe la derivación judicial a un MASC, salvo que se trate de los efectos y medidas previstas en el artículo 102 y 103 del Código Civil. Preceptos estos que vienen referidos a las medidas provisionales adoptadas en los procesos de separación, nulidad o divorcio, en los que sí será admisible acudir a un MASC, siempre que no se trate de un asunto vinculado con la violencia de género.

Con respecto a las reclamaciones de consumo, ha de entenderse que siguen operando las exclusiones que para el arbitraje de consumo establece el artículo 57.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que excluye los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales del delito. Y ello,

porque el Anteproyecto remite a las exclusiones que se realicen «*en virtud de la legislación aplicable*» (art. 1.4, ap. 4 AEP).

A estas exclusiones, se deben añadir las materias relacionadas con el orden laboral, penal y concursal, u otras materias de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el cual deban ventilarse, en los que las reclamaciones se formulen contra una entidad que pertenezca al sector público (*ex art. 3.2 AEP*). Exclusión, que el Anteproyecto justifica en que la regulación de los MASC en el ámbito administrativo, así como en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo requiere un instrumento normativo propio y diferenciado (EM, ap. 2º, párraf. 11).

Concretamente, en materia de consumo, entendemos que quedan excluidas los conflictos que eventualmente puedan tener los consumidores, cuando sea la propia Administración pública la que vende un bien o presta un servicio, así como todos los servicios que dependan o reciban instrucciones de ella, incluidos los bienes y servicios que se vendan o presten, por ejemplo, a través de una concesión administrativa.

— *Materias respecto de las cuales no es exigible acudir a un MASC*

El artículo 1.4, párrafo 2º del Anteproyecto enumera, por su parte, un conjunto de materias respecto de las cuales no será exigible el intento de la actividad negociadora como requisito de procedibilidad.

El fundamento de las exclusiones que contiene el precepto no se encuentra en la prohibición de la facultad de disponer, sino que la *ratio* subyacente de las exclusiones está en la sumariedad de la tutela judicial que se predica de determinados procesos judiciales; sea porque viene impuesto por la Constitución Española (*ex art. 53*), o porque venga impuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con determinados preceptos del Código Civil.

De tal forma que no se exigirá la actividad comercial previa como requisito de procedibilidad en los siguientes supuestos:

- Cuando se pretenda iniciar un proceso para la tutela de los derechos fundamentales de la persona;
- Cuando se pretenda la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, esto es, las medidas para asegurar la prestación de alimentos o proveer las necesidades de los hijos, cuando sus padres incumplan este deber, entre otras medidas; y,
- Cuando se solicite la autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, cuando se refiera personas que no están en condiciones de decidirlo por sí mismas, aunque estén sometidas a la patria potestad o tutela o de los menores.

La duda está en determinar, si cabe entender que esta exoneración es extensible a otros procesos judiciales civiles respecto de los cuales se predica la sumariedad, tales como, el juicio de desahucio, la tutela sumaria de la posesión, la recuperación de la finca rústica o urbana dada en arriendo, así como cuales otras que la ley califique como sumarias, dado que estas tutelas no están enumeradas en el precepto<sup>593</sup>. De lo contrario, entendemos que ha de introducirse tal exclusión en el texto definitivo que se apruebe<sup>594</sup>.

## **B) Ámbito territorial**

Desde un punto de vista territorial, el ámbito de aplicación territorial del Anteproyecto de Ley se extiende a los conflictos que surjan en asuntos civiles y mercantiles, incluyendo tanto a los conflictos de carácter nacional como los de carácter transfronterizo.

En defecto de sometimiento expreso o tácito de las partes, se entenderá que el conflicto tiene carácter nacional, y será aplicable lo dispuesto en el Anteproyecto, cuando una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se realice en territorio

---

<sup>593</sup> Esta es la interpretación que implícitamente realiza el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley.

<sup>594</sup> En este aspecto, *vid.*, la redacción que ha propuesto el Consejo General de la Abogacía Española, que propone un nuevo párrafo 3º al artículo 4.1 del Anteproyecto, con el tenor literal siguiente: «(...) *Tampoco se exigirá acudir a los medios extrajudiciales en los siguientes supuestos: en los de acumulación subjetiva de acciones; en el ejercicio de la acción de división de la cosa común; para acudir a procedimientos cuya resolución no produce efecto de cosa juzgada, o en los previstos en los números 2º y 3º del apartado 1 del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, cuando con ello se pudiera poner en riesgo la efectividad de la tutela judicial*» (propuesta núm. 1).

español (art. 3.1 AEP), en tanto y en cuanto el conflicto será de carácter transfronterizo, cuando al menos una de las partes está domiciliada o resida habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden acudir a la mediación o sea obligatorio acudir a ella, de acuerdo con la norma que resulte aplicable. Asimismo, tendrán tal consideración, los conflictos previstos o resueltos que finalicen con un acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en la que se haya llevado a cabo, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el acuerdo o algunas de sus consecuencias pretendan ejecutarse en el territorio de un Estado miembro distinto.

Cuando el conflicto sea de carácter transfronterizo entre partes que residen en distintos Estados miembros de la Unión Europea, resultarán de aplicación las normas de Derecho Internacional Privado, es decir, la determinación del domicilio será conforme al Reglamento (CE) n.º 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 (*ex art. 3.1 ALMEPSPJ en relación con el artículo 3 LMACM*)<sup>595</sup>.

Lógicamente, como el Anteproyecto remite a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles para delimitar cuándo un conflicto es de carácter transfronterizo, entendemos que las referencias que hace el artículo 3 de la Ley 5/2012, deben entenderse en sentido amplio, incluyendo a cualquier otro MASC<sup>596</sup>, salvo que el método extrajudicial disponga de una normal especial, como sucede, *v. gr.*, con las conciliaciones, entre otros métodos que disponen de legislación especial.

---

<sup>595</sup> DOCE, núm. 12, de 16 de enero de 2001. Conforme a este Reglamento, el domicilio será determinado conforme a las siguientes reglas: de un lado, «*para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro*» (art. 59 *sic*); y, de otro, «*A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal. Para el Reino Unido y para Irlanda, la expresión "sede estatutaria" se equipará al registered office y, en caso de que en ningún lugar exista una registered office al place of incorporation, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la formación (creación) de la sociedad o persona jurídica. Para determinar si un trust está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado*» (art. 60 *sic*).

<sup>596</sup> De hecho, el Anteproyecto también indica que las referencias que haga la Ley de Enjuiciamiento Civil deben entenderse que van referidas también a cualquier otro MASC (*ex DA 2º*).

### **C) Ámbito subjetivo**

El ámbito subjetivo de aplicación queda delimitado por los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos a los que las partes puedan acudir para cumplir el requisito de procedibilidad, así como por los sujetos que pueden intervenir en la actividad negocial.

Centrándonos en los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo, entendemos que quedan incluidos todos los métodos autocompositivos, con o sin intervención de un tercero.

Lo cierto es que del Anteproyecto parece deducirse que en los conflictos en los que se ejerciten acciones individuales iniciadas por los consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad con la reclamación previa a la empresa o profesional, sin perjuicio de que puedan acudirse a otros métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, tanto los previstos en materia de consumo, como los generales que prevé el Anteproyecto (DA 2<sup>a</sup>).

De tal forma que, en materia de consumo, para cumplir el requisito de procedibilidad en sede judicial, bastará con que los consumidores o usuarios acrediten el intento de negociación directa con los empresarios al que hace referencia el artículo 18.1. letra *a*) de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, para que la reclamación no pueda ser inadmitida a trámite en sede extrajudicial por la entidad de resolución alternativa.

Lo novedoso del Anteproyecto es que para hacer valer el requisito de procedibilidad en sede judicial, puede acudirse a esta reclamación previa o a cualquier otro método extrajudicial de resolución de conflictos a los que hemos hecho referencia a lo largo de esta investigación, así como a cualquiera de los señalados en el Anteproyecto de Ley, salvo al arbitraje.

Siendo así, entendemos que el ámbito de aplicación del Anteproyecto incluye todos los métodos autocompositivos, tales como, la negociación directa, los códigos de conducta, la mediación extrajudicial e intrajudicial, la intermediación hipotecaria (negociación asistida), la conciliación judicial ante el juez o el letrado de la Administración de Justicia, la conciliación extrajudicial ante el notario y el registrador, la

conciliación privada, la opinión de un experto independiente, la oferta vinculante confidencial, así como cualquier otro tipo de actividad negocial llevadas a cabo por las partes o por los abogados, salvo el arbitraje u otros métodos a los que se puedan acudir que excluyan la vía judicial, dado que no podrán usarse como actividad negocial previa para acreditar el requisito de procedibilidad<sup>597</sup>.

La exclusión del arbitraje se debe a que el Anteproyecto hace referencia a los MASC de forma separada a él, por ejemplo, cuando señala: «*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación, cualquier otro medio adecuado de solución de controversias o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo (...)*» (art. 18 AEP)<sup>598</sup>.

En este sentido, autores de reconocido prestigio han venido considerado el arbitraje como un auténtico proceso jurisdiccional<sup>599</sup>; otros, en cambio, han señalado que el arbitraje comparte similitudes con los ADR —confidencialidad, imparcialidad de los terceros que intervienen en el procedimiento—, pero no es propiamente un método alternativo de resolución de conflictos, dado que no comparten la misma naturaleza. Mientras que el arbitraje es de carácter contractual y jurisdiccional, los ADR son puramente contractuales<sup>600</sup>.

Hemos constatado, asimismo, que existen pronunciamientos jurisprudenciales que se posicionan a favor de una teoría mixta<sup>601</sup>, sosteniendo la doble naturaleza jurídica del arbitraje, al considerarlo de origen contractual, porque resuelve un conflicto de carácter

---

<sup>597</sup> En el mismo sentido, MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., “El arbitraje ha muerto, ¡viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASC”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 149, 2021, p. 3.

<sup>598</sup> Y esta es la tónica general que sigue el Anteproyecto para referirse de forma separada a los MASC y al arbitraje en los artículos 24.2 (ap. 1º), 415.1 (párraf. 3º) y 722, entre otros.

<sup>599</sup> En este sentido, de la Oliva Santos ha afirmado que: «*los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo quiere la Ley*» [DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES), *Cursos de Derecho Procesal Civil II (parte especial)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2016, p. 587].

<sup>600</sup> MACHADO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional”, *op. cit.*, p. 405.

<sup>601</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2007, señala que: «*La doctrina y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían en carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional han ido evolucionado hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal*» [(FJ 3º), STS (Sala 1ª), núm. 776/2007, de 9 de julio (núm. de recurso: 3011/2000)].

privado entre las partes y, de origen procesal, porque así son los efectos que produce el laudo arbitral<sup>602</sup>.

A nuestro juicio, hemos de indicar que no compartimos esta posición, porque entendemos que el arbitraje sí es un método extrajudicial de resolución de conflictos. Ello no quiere decir que sea un MASC conforme a lo que señala el Anteproyecto, pues esta fórmula heterocompositiva no permite impetrar la tutela en sede judicial<sup>603</sup>, salvo en los supuestos previstos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, a los que nos hemos venido refiriendo en líneas precedentes, siendo esta la causa por la que no puede acudirse a él para acreditar el requisito de procedibilidad, puesto que su configuración como un equivalente jurisdiccional, desplaza el proceso judicial.

Debemos plantearnos también, qué sucede con las acciones colectivas que se ejercitan en materia de consumo, dado que el Anteproyecto hace alusión expresa en la Disposición adicional sexta solo a las acciones individuales.

En principio, parece que la intención del prelegislador es no incluir en el Anteproyecto las acciones colectivas en sede extrajudicial en materia de consumo, y dejar esta materia reservada para la futura norma de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Y ello, porque en tanto no se apruebe tal norma, las entidades habilitadas o los grupos de consumidores afectados, a los que hace referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no tendrán legitimación para reclamar en vía extrajudicial, sin perjuicio de que puedan llevar a cabo una acción de representación al modo en la que lo llevan a cabo las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas en el arbitraje de consumo colectivo, pero ello no conllevará

---

<sup>602</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021, señala que la expresión al arbitraje como un «*equivalente jurisdiccional*» hace referencia al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos “procesos”, en el jurisdiccional y en el arbitral [STC (Sala 1ª), núm. 17/2021, de 15 de febrero (*cit.*)].

<sup>603</sup> *Vid.*, GIMENO SENDRA, V., “La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, Madrid, 2009, p. 20.



que tengan atribuida legitimación extraordinaria para llevar a cabo la actividad negocial al modo en que se lleva a cabo en sede judicial<sup>604</sup>.

Para concluir, ha de hacerse referencia a otra de las novedades que introduce el Anteproyecto, que permite que la iniciativa de acudir a los MASC pueda provenir de cualquiera de las partes, de común acuerdo, pero también por decisión judicial de derivación de las partes a uno de estos métodos (*ex art. 1.5*).

Ciertamente, el Anteproyecto está enfocado a los conflictos que surjan en materia civil y mercantil, y no distingue la actividad negocial en materia de consumo, de la actividad negocial en el resto de materias civiles y mercantiles, como se viene haciendo normalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

### **3. POSTULACIÓN EN LOS MASC**

#### **3.1. Intervención preceptiva de letrado**

El artículo 2 del Anteproyecto regula la asistencia letrada en los MASC, partiendo del principio general de que no será preceptiva, salvo para el supuesto de que las partes decidan acudir a las ofertas vinculantes confidenciales, a la conciliación privada o a la mediación, siempre que el conciliador o mediador no sea profesional del Derecho.

Sin embargo, en estos casos tampoco será obligatoria la asistencia letrada, cuando la cuantía del asunto no supere los 2000 euros, o cuando la ley lo exceptúe expresamente. Este aspecto debemos ponerlo en relación con los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo a los que hemos venido haciendo referencia.

De suerte que, si las partes deciden acudir a la mediación que administran las Juntas Arbitrales de Consumo o a cualquier otro sistema de resolución de conflictos institucionalizado, no será precisa la asistencia letrada; aunque la persona encargada de la actividad negocial no sea un profesional del Derecho.

---

<sup>604</sup> Para un mayor abundamiento sobre la legitimación representativa que señalamos, *vid., supra*, en este mismo Capítulo, el apartado relativo al “arbitraje de consumo colectivo”.

En cambio, si se opta por la conciliación o mediación privada, el consumidor o usuario y, en su caso, el empresario o profesional, deberán estar asistidos por abogado, cuando la cuantía exceda de los 2000 euros.

En este sentido, cabe plantearse, qué ocurre con aquellas pretensiones de cuantía indeterminada, por ejemplo, con la declaración de una nulidad de una cláusula contractual. A falta de una solución en este supuesto, se nos ocurren dos soluciones: la primera sería que el prelegislador se pronuncie sobre esta solución en la norma que finalmente se apruebe; y, la segunda sería atenernos a la ley especial que lo regule.

### **3.2. Los honorarios de los profesionales y los costes del tercero neutral**

El Anteproyecto regula de forma separada los honorarios y los costes del tercero neutral. Sin embargo, hemos optado por incluirlos de forma conjunta, pues en algunas ocasiones el tercero neutral puede ser un profesional del Derecho o letrado designado por una de las partes, siempre que haya acuerdo entre ambas.

De tal forma que si las partes deciden acudir a una actividad comercial asistidas por un tercero neutral deberán abonar los respectivos honorarios. Ello supone también que en los casos en los que el Anteproyecto señala que la asistencia letrada sea obligatoria en los MASC, estos dejarán de tener coste cero para las partes, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, que normalmente serán costeadas por quien las solicite, o por mitad, cuando sean comunes.

En los supuestos en los que intervenga un letrado para el desarrollo de la negociación asistida o de la mediación o de cualquier otro MASC, el coste de sus honorarios deberá acordarse previamente entre las partes que intervengan. Si la parte requerida no acepta la intervención del tercero neutral designado unilateralmente por la parte requirente, esta deberá pagar los honorarios devengados del abogado hasta ese momento (art. 8 AEP).

Hemos de señalar que no estamos muy de acuerdo con esta regulación, pues no parece que el tercero neutral que designe una de las partes cumpla con los requisitos de independencia e imparcialidad a los que inicialmente hacíamos referencia cuando intervenía un tercero en la resolución extrajudicial de conflictos.

Además, ha de tenerse en cuenta que si el letrado lo designa la parte requirente y la parte requerida no lo acepta, tendrá que pagar la totalidad de los honorarios devengados hasta ese momento, por lo que el precepto puede crear cierto efecto disuasorio en esta parte, que ante la carga procesal que supone negarse a la intervención de este tercero, puede verse compelida a aceptarlo.

Sin embargo, parece que la norma pretende aminorar los costes de la intervención del tercero neutral en dos supuestos: (i) cuando la utilización de los MASC sea requisito de procedibilidad, es decir, cuando sea obligatoria la actividad negociadora previa; y, (ii) cuando la intervención del tercero neutral se produzca por derivación judicial, una vez que ya se ha iniciado el proceso.

Esta aminoración del coste se deja a merced de las Administraciones con competencias en materia de Justicia, que pueden acordar sufragar parcial o totalmente la intervención del tercero neutral, con cargos a fondos públicos y siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias (*ex DA 1ª*).

El Anteproyecto justifica el cargo a fondos públicos, señalando que los MASC reducen la litigiosidad y sus costes, por lo que es coherente con la finalidad que inicialmente se desprende de la norma, esto es, desjudicializar al máximo los conflictos entre las partes para descongestionar la vía judicial; aunque, en algunos casos, confesamos que del Anteproyecto parece deducirse que la descongestión es “a toda costa”, forzando a las partes a que resuelvan los conflictos sin llegar a los tribunales.

#### **4. LA SUBSANACIÓN DEL VICIO DE PROCEDIBILIDAD**

El Anteproyecto no señala nada sobre la subsanación del vicio de procedibilidad cuando las partes no acrediten el intento de la actividad negociadora a los efectos de que sea admitida a trámite la demanda. Lógicamente, este vacío legal ha sido objeto de crítica en el Informe del Consejo General del Poder Judicial.

Crítica que se fundamenta en base a la tutela judicial efectiva consagrada en nuestra Constitución Española, haciendo alusión por analogía a la flexibilización del acto de conciliación previa en el proceso laboral. En palabras del Tribunal Constitucional:

*«(...) este Tribunal ha flexibilizado la exigencia del acto de conciliación previo en el proceso laboral, teniendo en cuenta la mutación conceptual que el legislador ha atribuido a dicho método autocompositivo, derogando el carácter de presupuesto procesal que se atribuía al acto de conciliación y transformándolo en un acto "intraprocesal" en todos los procesos civiles y buena parte de los laborales, a partir de la reforma parcial de la L.E.C. de 1984 o de la nueva L.P.L. de 1990» (FJ 4)<sup>605</sup>.*

En defecto de precepto que regule la subsanación del intento de la actividad negocial previa o su falta de acreditación como documento que acompañe a la demanda, proponemos que se tenga en cuenta la posibilidad de adaptar el artículo 81.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al Anteproyecto de Ley. Este precepto indica lo siguiente:

*«Si a la demanda no se acompañara certificación del acto de conciliación o mediación previa, o de la papeleta de conciliación o de la solicitud de mediación, de no haberse celebrado en plazo legal, el secretario judicial, sin perjuicio de resolver sobre la admisión y proceder al señalamiento, advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, con apercibimiento de archivo de las actuaciones en caso contrario, quedando sin efecto el señalamiento efectuado» .*

## **5. EFECTOS DE LA NEGOCIACIÓN**

### **5.1. Terminación sin acuerdo**

En primer lugar, hemos de comenzar señalando, que no estamos muy de acuerdo con la rúbrica que regula el artículo 4 del Anteproyecto de Ley, dado que se refiere a la apertura de la actividad negocial con el término *«proceso»*. Como hemos venido señalando en líneas precedentes, preferimos reservar este término para la vía judicial, en tanto que optamos por el término *«procedimiento»*, para el ámbito extrajudicial.

Dejando a un lado la terminología que utiliza el Anteproyecto, ha de señalarse que el apartado primero del artículo 1 señala el procedimiento para hacer valer en sede judicial el requisito de procedibilidad. Así, la solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar la actividad negocial a través de un MASC interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de las acciones, desde la fecha en la que conste la recepción del intento de la solicitud por la parte requerida, reanudándose este cómputo en el plazo de

---

<sup>605</sup> STC (Sala 1ª), núm. 81/1992, de 28 de mayo (núm. de recurso: 1852/88).

30 días naturales, a contar desde que la otra parte haya recibido una propuesta para llegar a un acuerdo, sin que se haya tenido una primera reunión con la finalidad de alcanzar un acuerdo, o no se obtenga respuesta por escrito<sup>606</sup>.

Como ya señalamos, el requisito de procedibilidad es de carácter bidireccional, esto es, permite que el acuerdo se inicie por cualquiera de las partes. En materia de consumo, entendemos que, tal y como está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, serán los consumidores los que promuevan la actividad negocial, sin perjuicio de que el empresario o profesional, también debe cumplir el requisito de procedibilidad.

En el supuesto de que la propuesta inicial del acuerdo no tenga respuesta por la parte requerida, o la negociación finalice sin acuerdo, las partes deberán formular demanda en el plazo de 3 meses a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la terminación del proceso de negociación sin acuerdo, sin perjuicio de que, si transcurrido el plazo sin que las partes hayan presentado la demanda, deberán iniciar un nuevo MASC para cumplir el requisito de procedibilidad.

En este aspecto, nos mostramos rotundamente contrarios a que el documento que acredite el requisito de procedibilidad esté sometido a un plazo de caducidad, porque entendemos que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que la norma obligue a las partes realizar una nueva actividad negocial con idéntico objeto para los supuestos en los que no se formule la demanda en sede judicial en el plazo de 3 meses.

*De lege ferenda*, podría tenerse en cuenta que, aunque se “fuerce” a las partes a acudir a un MASC como presupuesto procesal para que sea admitida a trámite la demanda, el documento que acredite el intento de la actividad negocial no esté sometido al plazo de caducidad de 3 meses.

---

<sup>606</sup> La interrupción de la prescripción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación de la actividad negocial y no se alcance un acuerdo (art. 4.1, párraf. 2º ALMEPSPJ).

## **5.2. Terminación con acuerdo: la formalización de la actividad negocial**

El documento que recoja la actividad negocial por la que las partes han llegado a un acuerdo debe recoger la siguiente información: la identidad y el domicilio de las partes, la intervención del tercero neutral, en su caso, el lugar, la fecha, las obligaciones que las partes asumen, así como que la actividad negocial se ha llevado a cabo conforme a la ley.

La formalización de dicho acuerdo conlleva la necesidad de que las partes firmen el acuerdo, por ellas mismas o a través de sus representantes, debiendo entregarse por escrito una copia a cada parte, en el supuesto en el que haya intervenido un tercero neutral, quedándose él mismo una copia para su conservación.

Para que el documento privado lleve aparejada ejecución, las partes podrán obligarse a elevar dicho acuerdo a escritura pública, siendo los gastos notariales sufragados según lo acordado por ellas mismas. Cuando las partes no lleguen a un acuerdo para sufragar los gastos notariales, correrán a cargo de la parte que solicite la elevación a escritura pública, sin perjuicio de la repercusión que pudiera producirse en el eventual proceso de ejecución en lo que respecta a las costas procesales. Y ello es así, porque el Anteproyecto, por lo que a las costas del proceso de ejecución se refiere, señala que las partes deberán satisfacer los gastos y costas que les correspondan (art. 539 LEC), debiendo abonarse los gastos para que el acuerdo constituya título ejecutivo (art. 246.1, ap. 6º) conforme al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo cierto es, que el Anteproyecto no señala nada sobre el tipo de título ejecutivo que comporta el acuerdo, pero entendemos que la vía de ejecución del título dependerá de la actividad negocial o MASC al que las partes decidan acudir.

En los supuestos en los que intervenga el tercero neutral, deberá acompañarse al acuerdo de la actividad negocial una copia de las actas de las sesiones, y no será necesario que el tercero esté presente en el otorgamiento de la escritura, siendo competencia del

notario la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Anteproyecto y de que el contenido del documento público no es contrario a Derecho<sup>607</sup>.

Para los supuestos que lo exija la ley, o el acuerdo se alcance a través de un MASC al que se hubiera acudido por derivación judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación; ello sucede, por ejemplo, en la conciliación judicial.

## **6. LOS MASC EN LÍNEA**

Las partes pueden acordar que todas las actividades encauzadas al desarrollo de un MASC se lleven a cabo a por medios telemáticos, videoconferencias o cualquier otro medio análogo de transmisión de voz o imagen, salvo que no se garanticen las normas establecidas en el Anteproyecto. En el supuesto de que las partes decidan acudir a la mediación, se aplicarán las normas que establezca específicamente la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

A renglón seguido, se señala el carácter preferente de los medios telemáticos para las reclamaciones cuya cuantía no exceda de 600 euros, salvo que alguna de las partes no disponga de aquellos (art. 5 ALMEPSPJ). Entendemos que, en los supuestos en los que se dé una reclamación que supere los 600 euros, pero haya un acuerdo parcial, seguirá siendo este el medio preferente para la actividad negocial.

## **7. EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD QUE RIGE EN LOS MASC**

El Anteproyecto, al igual que la mayor parte de la normativa que regula la resolución extrajudicial sigue incidiendo en que la actividad negocial, así como la documentación que se utilice en ella sean confidenciales, salvo, la información relativa a que las partes acudieron o no al intento de negociación previa, y el objeto del conflicto. Lógicamente, ello es así, porque en caso contrario, las partes no podrían acreditar el requisito de procedibilidad.

---

<sup>607</sup> En los supuestos en los que la ejecución deba ejecutarse en otro Estado miembro de la Unión Europea, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que puedan exigir los convenios internacionales que España haya ratificado, así como de las normas europeas.

Dicha obligación de confidencialidad se extiende, no solo a las partes intervinientes, sino también al tercero neutral que intervenga, que quedará sujeto al deber y derecho de secreto profesional (*ex art. 6.1*). Ello se traduce en que no están obligados a declarar o aportar documentación derivada de la negociación o relacionada con ella, en el eventual procedimiento arbitral o proceso judicial que pueda darse<sup>608</sup>.

No obstante, el principio de confidencialidad y de protección de datos se proyecta con mayor intensidad para el tercero neutral que para las partes, dado que sigue rigiendo en la elaboración de las estadísticas que obligatoriamente tendrán que realizar para remitir la información pertinente sobre su actividad (DA 5<sup>a</sup>)<sup>609</sup>.

Hasta aquí, el Anteproyecto no introduce novedades en los MASC respecto al principio de confidencialidad<sup>610</sup>. Sin embargo, se introducen algunas novedades al disponer tres excepciones a este principio: (i) cuando las partes expresamente y por escrito se dispensen recíprocamente, a ellos mismos o al tercero neutral de esta obligación; (ii) cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas, pues se tendrá en cuenta la actitud y la buena fe de las partes para modularlas<sup>611</sup>; y, (iii) cuando sea solicitada información por los jueces del orden jurisdiccional penal, mediante resolución judicial motivada.

Salvo dichas excepciones, no será admitida como prueba la información que sea confidencial en vía judicial, pues no será admitido por los tribunales ningún medio probatorio que sea contrario a la ley (art. 283.3 LEC), siendo sancionable la conducta de

---

<sup>608</sup> Como expusimos anteriormente, hay una clara intención del prelegislador de excluir el arbitraje de los MASC y equipararlo a la vía judicial, pues está claro que el arbitraje no puede utilizarse para acreditar el requisito de procedibilidad, dado que excluye directamente la vía judicial.

<sup>609</sup> En este sentido, ha de señalarse que la Disposición adicional tercera prevé que se elabore el estatuto del tercero neutral. En el plazo de un año desde la entrada en vigor del Anteproyecto, el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley que regule el estatuto del tercero neutral intervinien en cualquier MASC, incluyendo, además del régimen de incompatibilidades, un régimen de infracciones y sanciones, para el caso de que incumpla las obligaciones y deberes sancionados en el estatuto, entre los que entendemos que estará el deber de confidencialidad y de protección de datos.

<sup>610</sup> Para un mayor abundamiento sobre este principio en la Ley 7/2017, *vid., supra*, el apartado relativo al "Principio de confidencialidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal".

<sup>611</sup> Los motivos para la impugnación de la tasación de las costas podrán ser, entre otros, que no se hayan incluido partidas, derechos o gastos indebidos, o, en lo que respecta a los honorarios de los abogados, peritos o profesionales no sujetos a arancel, también podrán impugnarse la tasación alegando que el importe de los honorarios es excesivo (*ex art. 245 LEC*).



la parte que incumpla el deber de confidencialidad en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

## **8. MODALIDADES DE MASC INTRODUCIDAS Y DESARROLLADAS POR EL ANTEPROYECTO**

El Anteproyecto de Ley señala la posibilidad de que las partes lleven a cabo la actividad negocial, a través de los métodos autocompositivos, sea con la intervención o no de un tercero. Así, cabe la posibilidad de que acudan a los métodos que ya estaban previstos anteriormente en el ordenamiento jurídico, como a otros nuevos que introduce y desarrolla la norma.

Por otra parte, el Anteproyecto introduce a través de la Disposición adicional segunda, una “modificación en blanco”, esto es, en lugar de modificar todos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que hacen referencia a la mediación, a sus efectos, o a las formas de hacer valer la falta del intento de mediación cuando haya un acuerdo, ordena que donde se haga referencia a ella, se entienda para ello referencia a cualquier otro MASC de los enumerados en el Anteproyecto.

Dicho esto, a continuación examinaremos algunos MASC, en atención a las reclamaciones que puedan ejercitar los consumidores.

### **8.1. La reclamación previa por la introducción de cláusulas suelo en los contratos con garantía hipotecaria**

Como hemos hecho referencia en algún momento, el artículo 18 del Anteproyecto, introduce un nuevo apartado 7 al artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A través de este apartado se señala la inadmisión a trámite de las demandas cuyo objeto sea la devolución de las cantidades indebidamente cobradas al consumidor por la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria, salvo que se acredite la reclamación previa a la persona física o jurídica que conceda el préstamo o crédito de manera profesional (*v. gr.*, una entidad financiera), con la finalidad de que se reconozca expresamente la abusividad de estas cláusulas y lleve aparejada la devolución de aquellas cantidades indebidamente cobradas en este concepto.

La Disposición adicional séptima del Anteproyecto regula el procedimiento a seguir para que el consumidor lleve a cabo la reclamación extrajudicial. La iniciación de la reclamación viene de la mano del consumidor, que dirigirá la reclamación previa a la persona física o jurídica con la que haya contratado el préstamo o crédito de manera profesional.

Recibida la reclamación, la persona o entidad deberá admitir o rechazar la reclamación extrajudicial. Si admite la reclamación, la persona o entidad llevará a cabo el cálculo de la cantidad cobrada por este concepto de forma desglosada, incluyendo los intereses que se hayan cobrado por esta cantidad, en tanto que, si considera que no procede la devolución, deberá comunicarlo al consumidor motivadamente, y no podrá alegar otros motivos distintos para negarse a la devolución de la cláusula suelo, en su caso, en vía judicial.

Recibida la propuesta del acreedor hipotecario, el consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el desglose que realice el prestamista que, habiendo reconocido extrajudicialmente la nulidad de las cláusulas abusivas acordará con el consumidor la devolución del efectivo.

Hemos de indicar que el Anteproyecto establece un plazo máximo de 1 mes para que el consumidor y el prestamista lleguen a un acuerdo sobre dichas cantidades, que será computable desde que el consumidor presentara la reclamación.

Transcurrido el plazo para que las partes lleguen a un acuerdo, se entenderá que el procedimiento finaliza sin acuerdo en los siguientes supuestos: (i) cuando el prestamista rechace expresamente la solicitud; (ii) cuando finalice el plazo desde que el consumidor presentó la reclamación, sin que haya tenido respuesta del prestamista; (iii) cuando el consumidor no esté de acuerdo con el desglose de la cantidad a devolver, o no muestre su conformidad con la nulidad de las cláusulas que señale abusivas.

Transcurrido el mes sin que se hubiera puesto a disposición del consumidor la cantidad ofrecida, comenzarán a devengar los intereses legales del dinero en ocho puntos, si consta de forma fehaciente que el consumidor aceptó la cantidad desglosada por el prestamista, quedando expedita para el consumidor la vía judicial.

Durante el tiempo en el que se esté tramitando la reclamación, las partes no podrán iniciar un procedimiento extrajudicial ante una entidad acreditada, ni presentar demanda en sede judicial, por estos mismos conceptos.

Por otra parte, el Anteproyecto introduce una modificación importante respecto a las costas procesales, muy distinta a la prevista hasta ahora por la Ley 1/2017. Y es que, la conducta de las partes durante el procedimiento de negociación podrá ser valorada por el tribunal en ulterior proceso judicial, si es que lo hubiera, conforme a los artículos 394 y, en su caso, en los artículos 245 y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>612</sup>.

En cuanto a los costes del procedimiento de reclamación extrajudicial, se señala que tendrá carácter gratuito para las partes, sin perjuicio de los gastos que puedan ocasionar la formalización de la escritura pública y, en su caso, la inscripción registral que pueda derivar del acuerdo entre las partes señalándose que estas devengarán exclusivamente los derechos arancelarios notariales y registrales, respectivamente, relativos a un documento sin cuantía y a una inscripción mínima cualquiera que sea la base.

Así pues, si entrara en vigor la futura norma, estos serían los nuevos trámites a seguir por el consumidor para conseguir la devolución de lo cobrado por la inclusión de cláusulas abusivas. En consonancia con ello, el prelegislador ha previsto que quede sin efecto el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

## **8.2. La conciliación privada**

El Anteproyecto regula la conciliación privada por primera vez en los artículos 12 y 13 del Anteproyecto: su concepto, el estatuto jurídico del conciliador y sus funciones. Hasta ahora, no estaba previsto en nuestro ordenamiento jurídico la conciliación privada; aunque contábamos con la conciliación judicial ante autoridades tales como, el letrado de la Administración de Justicia o el Juez de Paz (reguladas en la LJV) y, la conciliación

---

<sup>612</sup> Ha de señalarse que la tramitación de la reclamación previa que introduce el Anteproyecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil se asemeja sustancialmente al que señala el Real Decreto Ley 1/2017, salvo en la condena en costas, puesto que, en su caso, volvería a operar el régimen general previsto en el artículo 394, al tiempo que se prevé la impugnación de la tasación de costas (art. 245 LEC), y las multas por incumplimiento de la buena fe procesal (art. 247 LEC).

ante el notario o registrador (reguladas respectivamente en la Ley del Notariado y en la Ley Hipotecaria).

Hasta el momento, no existía un precepto dedicado a esta institución que permitiera llevar a cabo conciliaciones en el ámbito extrajudicial por personas físicas o jurídicas privadas distintas de las autoridades que hemos señalado anteriormente. El problema está en que, tradicionalmente, en materia de consumo, como hemos señalado en otra parte de esta investigación, la conciliación notarial ha venido excluyéndose por las normas dedicadas a la conciliación “institucional”. Ello nos lleva a cuestionarnos la trascendencia que pueden tener los artículos 12 y 13 del Anteproyecto sobre este MASC como requisito previo al ejercicio de acciones por parte del consumidor, dado que, entendemos que, en principio, tal y como está regulada la conciliación privada, sí cabe que los consumidores o usuarios sometan a ella los conflictos que surjan con los empresarios o profesionales en materia de consumo.

Ello no quita que no deba ser estudiado para la eventualidad de que, a fecha de la aprobación de la futura ley, se permite la conciliación notarial en materia de consumo.

Volviendo a la conciliación privada, ha de señalarse que Anteproyecto señala un “procedimiento” que resulta algo insuficiente y escueto. Tanto es así, que solo dedica a él, los apartados 3 y 4 del artículo 12; de ahí, que dediquemos algunas líneas más a este MASC.

El primero indica que el encargo al conciliador puede hacerse por acuerdo entre ambas partes o solo por una de ellas. En él deberán expresarse de forma breve y clara el objeto de la conciliación, la identidad y las circunstancias de las partes, así como el teléfono o el correo electrónico y, en su caso, los medios de los que disponen para realizar las reuniones a través de videoconferencia.

El segundo, se refiere a la persona que lleva a cabo la conciliación privada, que deberá de aceptar expresamente documentalmente, que se responsabiliza de la gestión leal, neutral e imparcial, estando sujetos a las responsabilidades disciplinarias que procedan.

Sin perjuicio de que sería deseable que se desarrollara un procedimiento pormenorizado en la futura norma que se apruebe, para llevar a cabo esta conciliación en

materia de consumo y que encaje en la Ley 7/2017, entendemos que solo la que promueva el consumidor contra al empresario será admisible, en tanto no quedara amparada la que inicie el empresario contra el consumidor. Ello no quita que sea posible que pueda darse en la práctica, pero no estará incluida en la normativa extrajudicial de consumo, ni nacional ni europea.

A nuestro juicio, este olvido se deba, quizás, a que el Anteproyecto no ha diferenciado la resolución extrajudicial de conflictos civiles y mercantiles de la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, tal y como ha venido sucediendo en el ordenamiento jurídico español.

Por otra parte, parece que la intención del prelegislador es que esta conciliación se lleve a cabo preferentemente por medios telemáticos; ello se debe, sin lugar a duda, a que la fecha de publicación del Anteproyecto se ha llevado a cabo durante la pandemia sanitaria del Covid-19. Sin embargo, con perspectivas de futuro y una vez pasada la pandemia, no vemos problema para que la conciliación privada pueda llevarse a cabo a través de reuniones presenciales.

A continuación, pasamos a delimitar los requisitos y funciones que deben cumplir los conciliadores privados.

### **8.2.1. Requisitos**

El Anteproyecto introduce la conciliación en el ámbito privado, permitiendo que cualquier persona física o jurídica que se proponga ejercitar acciones legales, pueda requerir a otra persona física o jurídica con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, que gestione una actividad comercial con la finalidad de alcanzar un acuerdo en conciliación con la parte reclamada.

Los requisitos que deben cumplir los conciliadores en el ámbito privado son distintos en función de que se trate de personas físicas o jurídicas. En lo que respecta a los primeros, la norma indica que debe estar inscrito y en activo en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, u otro colegio profesional que esté reconocido legalmente, incluyendo a los sujetos que se encuentren inscritos en los

correspondientes registros de mediadores debidamente homologados para garantizar su formación.

Asimismo, la norma señala que el conciliador deberá ser imparcial. En este sentido, hemos de indicar que la regulación de los requisitos que deben cumplir los conciliadores personas físicas, son muy escuetos, por lo que, *de lege ferenda*, sería deseable que este MASC se desarrollara con más precisión. Especialmente, en lo que respecta a las conciliaciones que se lleven a cabo en materia de consumo, pues entendemos que es necesario que los conciliadores privados se adapten a los requisitos que señala la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, para llevar a cabo el procedimiento extrajudicial, esto es, además del requisito de imparcialidad, a los requisitos de independencia, neutralidad, entre otros.

En lo que respecta a las personas jurídicas, podrán llevar a cabo este MASC, las sociedades profesionales, pero deberán cumplir los requisitos especiales que señala la Ley de Sociedades Profesionales<sup>613</sup>, en cuanto a su composición, así como estar inscritas en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional al que corresponda su domicilio.

En efecto, el Anteproyecto remite a esta norma para conocer los requisitos que deben recoger las sociedades profesionales para llevar a cabo conciliaciones en el ámbito privado: su definición (art. 1), la exclusividad del objeto social (art. 2), su composición (art. 4), la obligación de su inscripción registral (art. 8), la responsabilidad disciplinaria (art. 8), la exclusión de los socios profesionales (art. 14), el régimen especial de la prestación de servicios jurídicos de defensa y representación, entre otros requisitos que comportan el régimen jurídico de esta norma (DA 8).

Sin perjuicio de los requisitos generales que señala la norma para todas las sociedades profesionales, entre los que destacan que los socios deberán estar en posesión de un título universitario oficial, o de la titulación que acredite la actividad profesional que van a llevar a cabo en la sociedad (*ex art. 1.1, párraf. 2º*), se señala un régimen especial para los

---

<sup>613</sup> Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (BOE, núm. 65, de 16 de marzo de 2007).

socios de las sociedades profesionales que ejerzan otros servicios simultáneamente con los de la abogacía y la procura (DA 8, ap.1).

Precisamente, estos requisitos especiales de los socios de las sociedades profesionales que lleven a cabo la prestación de servicios jurídicos coinciden con los requisitos que señala la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, para los órganos que lleven a cabo la resolución extrajudicial de los conflictos, que son: (i) la adopción de decisiones de forma autónoma e independiente cuando ofrezcan servicios simultáneos con los de abogacía o procura; (ii) actuar conforme a los deberes de secreto profesional y confidencialidad; y, (iii) actuar conforme al requisito de imparcialidad, esto es, separarse de los procedimientos cuando puede darse un conflicto de intereses<sup>614</sup>.

Por todo lo señalado, concluimos que no todas las sociedades profesionales podrán llevar a cabo conciliaciones privadas, sino solo aquellas cuyo objeto social consista expresamente en la prestación de servicios jurídicos de defensa y representación, sin perjuicio de que puedan prestar simultáneamente estos servicios jurídicos con otros, salvo que la norma señale que sean servicios incompatibles.

### **8.2.2. Funciones**

El Anteproyecto encomienda una serie de funciones que deben llevar a cabo las personas físicas o jurídicas que intervengan en este MASC. Entre ellas, destacan las siguientes: estar presente en las reuniones que realicen las partes, presencialmente, o a través de los medios telemáticos; facilitar que las partes concreten el objeto del conflicto; establecer los turnos de palabra; pedir a cada una de las partes las posibles propuestas de solución para intentar llegar a un acuerdo; proponer posibles soluciones a las partes; requerir a los abogados de las partes, en su caso, que redacten los documentos que correspondan cuando se llegue a un acuerdo total o parcial; firmar el acta de la conciliación; en los supuestos en los que no se llegue a un acuerdo, levantar acta de que la conciliación se ha intentado sin efecto, así como señalar si la parte requerida ha

---

<sup>614</sup> Las sociedades profesionales deberán disponer de un seguro que cubra la responsabilidad contractual o extracontractual en las que incurran los socios por el incumplimiento de estos deberes. Incumplimiento, que dará lugar a la responsabilidad solidaria de la sociedad y los profesionales, sean socios o no de ella (art. 11, aps. 2 y 3 LSP).

rechazado el intento de conciliación; gestionar por sí mismo, o por las personas que le auxilien y le den soporte administrativo, la recepción de las solicitudes, la notificación y la citación a la parte requerida; y, en último lugar, informar a las partes de las posibles causas de abstención o de si su imparcialidad puede verse comprometida, de su profesión, formación y experiencia, de las características de la conciliación y de las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pueda alcanzar.

### **8.3. La oferta vinculante confidencial**

El artículo 14 del Anteproyecto regula un método extrajudicial de conflictos denominado oferta vinculante confidencial. Este MASC tiene su origen en el derecho inglés; de ahí que haya recibido la denominación de *Calderbank letter*, en alusión al caso en el que tuvo su reconocimiento. Se trataría pues, de un medio específico de formación del contrato, en el que la oferta es vinculante para la parte que la propone, siendo irrevocable la aceptación para la parte requerida<sup>615</sup>.

En lo que respecta a los requisitos de forma de este MASC, se exige que, tanto la oferta como la aceptación sean recogidas en escritura pública, incluyendo los datos identificativos del oferente, el contenido de la oferta, así como la fecha de recepción efectiva por la parte requerida.

El documento que contiene la oferta vinculante será confidencial, por lo que no podrá ser aportado en juicio, a no ser que ambas partes se dispensen del deber de confidencialidad, conforme al artículo 6 del Anteproyecto.

Para los supuestos en los que se rechaza la oferta vinculante por la parte requerida, o no la acepta en el plazo de un mes, quedará expedita para el ofertante la posibilidad de ejercitar acciones judiciales, quedando zanjado el presupuesto que señala el Anteproyecto para el requisito de admisibilidad de la demanda en vía judicial, sin perjuicio de lo

---

<sup>615</sup> En este sentido, hay autores que han estudiado esta institución y su posible aplicación en el proceso civil español, y le han atribuido títulos tan sugerentes como, “negocia o atente a las consecuencias” (CORTÉS, P. y SOTELO, F., “Negocia o Atente a las Consecuencias. La Condena en Costas en los Derechos del *Common Law* y su Aplicación en el Proceso Civil Español”, en *InDret*, núm. 4, 2011, pp. 1-37).



señalado en el artículo 14.4, a los efectos de la exoneración del pago de las costas o su modulación, en el supuesto en el supuesto en el que no se acepte la oferta.

En cuanto a la virtualidad de este MASC en materia de consumo, ha de ponerse en tela de juicio, habida cuenta de que puede ser utilizado de forma abusiva por los empresarios ofertantes que, como norma general, son los que normalmente realizan la oferta vinculante confidencial. Ello no impide que también la inicie el consumidor, pero no sería lo habitual por el desconocimiento del funcionamiento de este método<sup>616</sup>.

#### **8.4. La opinión de un experto independiente**

Otro de los MASC que introduce el Anteproyecto, al que las partes pueden acudir para hacer valer el requisito de procedibilidad, es la opinión de un experto independiente, designado de mutuo acuerdo para que emita una opinión cuyo contenido no será vinculante para las partes (art. 15 AEP).

El experto emitirá un dictamen que podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con su especialidad. El dictamen tendrá carácter confidencial y podrá ser emitido antes del inicio de un proceso judicial o durante la tramitación de este. Aunque el Anteproyecto no lo señale, entendemos, lógicamente, que este MASC solo valdrá para hacer valer el requisito de procedibilidad, si se da antes de iniciarse el proceso, en tanto que, si se realiza durante la tramitación del mismo, tendrá el valor de un documento pericial al que las partes podrán acogerse, salvo que no pueda aportarse en juicio conforme al principio de confidencialidad.

La regulación de la norma deja claro que el valor vinculante del dictamen deriva del acuerdo de las partes sobre sus conclusiones; de ahí que el dictamen junto a sus modificaciones deba seguir los mismos pasos que hemos señalado, en su caso, para la formalización (art. 9), validez y eficacia del acuerdo (art. 10). Acuerdo, que podrá ser

---

<sup>616</sup> Así lo indican Cortés y Sotelo en los siguientes términos: “*En esta clase de reclamación, una de las partes, que por regla general suele ser el demandado, puede proponer a la otra que se llegue a un acuerdo que ponga punto final al procedimiento civil, con la intención de evitar el pago de las costas* (CORTÉS, P. y SOTELO, F., *ibidem*, p.7).

elevado a escritura pública cuando se dé con carácter previo al inicio del proceso, u homologado por el juez, a petición de las partes, si desean que constituya título ejecutivo.

Por ello, entendemos que el dictamen del experto, más que un método extrajudicial de resolución de conflictos es un instrumento que se pone al servicio de las partes, en la medida que les permite la autocomposición.

## **9. LA CREACIÓN DE LA UNIDAD DE MASC EN LAS DEPENDENCIAS JUDICIALES**

La Disposición adicional cuarta del Anteproyecto establece un mandato del prelegislador dirigido a las Administraciones Públicas competentes en materia de Justicia, que incluye a las Administraciones autonómicas con competencias transferidas en materia de Justicia como a la Administración Central del Estado.

Mandato, que se dirige a constituir servicios para promover los MASC, a través de las denominadas unidades de MASC, que deberán crearse en cada Tribunal de Justicia, Audiencia Provincial o Decanato, según el número de unidades judiciales que lo integren.

Estas unidades, más que ofrecer MASC a los justiciables, realizarán las funciones de oficina de información sobre los MASC ya existentes, pudiendo hacer de medio de enlace para el acceso a tales métodos de resolución de conflictos.

Asimismo, tiene la función de auxiliar a los diferentes órganos judiciales, respecto de la conveniencia o no de derivar un determinado litigio a un MASC; al tiempo que llevan a cabo funciones de auxilio judicial, para determinar la actividad negocial que mejor se adapte, según los indicadores y características del conflicto.

A tales efectos, en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia, se prevé la celebración de protocolos o convenios de colaboración con las instituciones de mediación debidamente acreditadas en cada territorio, así como con profesionales de las distintas disciplinas que ofrezcan sus servicios para colaborar con el tribunal, ocasional o puntualmente.

Por otra parte, el Anteproyecto indica que esta unidad será la encargada de tener a disposición de los interesados los datos de los terceros neutrales que reúnan los requisitos que se han determinado en el Anteproyecto para participar en la actividad negocial. Siendo, además, la encargada de administrar los recursos disponibles, el control, el seguimiento y la estadística.

Sin embargo, no estamos seguros de que este apartado prospere, dado que la función de tener a disposición de todos los interesados los datos de los terceros neutrales que reúnan los requisitos exigidos por el Anteproyecto será inoperativa, habida cuenta de que la Disposición adicional primera no obliga a las Administraciones con competencias en materia de justicia a asumir los costes de la intervención de un tercero neutral, luego muy difícilmente dispondrán de sus datos, puesto que tampoco se establece la obligación de que aquellos consten en el Registro público alguno.

## **10. INCIDENCIA DEL ANTEPROYECTO EN LAS LEYES PROCESALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**

Como venimos indicando, el Anteproyecto pretende introducir importantes modificaciones en casi todas las normas procesales. De tal forma que el Título II del Anteproyecto, relativo a la «*modificación de leyes procesales*», señala importantes modificaciones en los MASC afectan a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debido al tema sobre el que pivota nuestra investigación, vamos a centrar nuestra atención en lo que afecta a los MASC en materia de consumo propiamente dichos; de ahí, que obviemos el estudio de las modificaciones que introduce el Anteproyecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley de la Jurisdicción Social o en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; aunque puedan resolver cuestiones que afectan directa o indirectamente a los consumidores, sea por constituir un delito contra su salud y seguridad, porque afecten a los legítimos derechos e intereses de los consumidores, o a la potestad sancionadora de la Administración de consumo.

## **10.1. El auxilio de los tribunales en la tutela cautelar**

En coherencia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje, para la adopción de medidas cautelares o, en su caso, para la ejecución de las medidas adoptadas por el árbitro y en atención a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en sede de tutela cautelar, regulaba la competencia objetiva y territorial de los jueces de lo civil para prestar auxilio a los árbitros (art. 724).

Siendo lógico que en tanto se tramitan las MASC se puedan producir riesgos para la eventual sentencia de condena que procediera, resulta también lógico que se puedan adoptar medidas cautelares por el juez; de ahí que el Anteproyecto proyecte la modificación de los artículos 722, 724 y 730.2 párrafo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primero de ellos regulan los sujetos que pueden solicitar las medidas cautelares; el segundo, regula la competencia para adoptar medidas cautelares en tanto este pendiente un MASC o un arbitraje; y, el tercero para regular el alzamiento de las medidas que se hubieran adoptado estando pendiente un MASC, en el supuesto de que haya un acuerdo total, y para indicar cómo se debe proceder en caso de que haya un acuerdo parcial.

En cuanto a los sujetos que pueden solicitar las medidas cautelares, la nueva redacción del artículo 117 del Anteproyecto permite que se soliciten al tribunal antes o durante la tramitación del MASC o de un arbitraje. Asimismo, podrán solicitarlas quien acredite ser parte de un MASC o de un procedimiento arbitral que se encuentre pendiente en España o, en su caso, quien acredite haber pedido la formalización judicial del arbitraje, sin perjuicio de que, si se trata de un arbitraje institucional como, por ejemplo, el arbitraje de consumo, quien las solicite, deberá haber presentado la solicitud correspondiente de encargo a la institución correspondiente.

En lo que respecta a la competencia en los casos especiales, el artículo 119 otorga una nueva redacción al artículo 724, señalando que aquellas medidas cautelares que se soliciten estando pendiente un procedimiento extrajudicial o un MASC, o la formalización judicial del arbitraje, son competencia del tribunal del lugar en el que el

acuerdo o el laudo debe ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban desplegar su eficacia.

En lo que respecta al alzamiento de las medidas que se hubieran adoptado estando en trámite un procedimiento extrajudicial, dependerá de si el acuerdo es total o parcial ante el juez o el letrado de la Administración de Justicia.

Si las partes llegan a un acuerdo total se deberá de poner en conocimiento del tribunal, pidiendo el alzamiento de las medidas, en tanto que si el acuerdo es parcial y alguna de las partes lo solicita, podrán mantenerse las medidas o solicitar otras distintas en relación con los aspectos en los que se mantengan las desavenencias.

En cambio, si es ante el letrado de la Administración de Justicia ante el cual las partes llegan a un acuerdo, será él mismo el que ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el acuerdo sea parcial y alguna de las partes solicitara el mantenimiento de las medidas o se acordara alguna distinta, previa solicitud y oída la parte contra la que se solicita la tutela cautelar, debiendo resolver sobre su procedencia el juez competente en atención a las circunstancias que justifiquen el mantenimiento o la adopción de nuevas medidas.

Debemos señalar que no entendemos por qué procede el alzamiento de las medidas cuando el acuerdo sea total; quizás sea porque la norma no ha tenido en cuenta el *periculum in mora*, esto es, situaciones que puedan impedir o dificultar la efectividad de la tutela que se otorgase en una eventual sentencia estimatoria (art. 728.1 LEC).

A nuestro juicio, consideramos que debe seguir rigiendo este presupuesto procesal, habida cuenta de que, si la parte contraria no cumple el acuerdo, existe un riesgo para el beneficiario, puesto que cuando inste el cumplimiento en ejecución forzosa puede darse el supuesto de que no existan bienes suficientes o el objeto de la reclamación haya desaparecido (ocultación de bienes).

De ahí que *de lege ferenda*, podría tenerse en cuenta la posibilidad de incluir en la norma un precepto a modo de lo previsto en el artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permita el mantenimiento de las medidas cautelares o, en su caso, la adopción

de alguna medida cautelar distinta, en tanto se sustancia el recurso de nulidad del acuerdo, o se insta la ejecución forzosa del mismo.

## **10.2. La acreditación del requisito de procedibilidad**

El artículo 7.1 del Anteproyecto indica la forma en la que las partes deberán hacer valer el cumplimiento del requisito de procedibilidad en sede judicial. Este requisito derivará de la actividad negociadora o, en su caso, del MASC al que las partes hayan acudido previamente, debiendo acreditarlo las mismas documentalmente.

La acreditación de este presupuesto procesal es de gran importancia, dado que el artículo 18, apartado 37 del Anteproyecto pretende añadir un apartado 4º al artículo 264 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través del cual, las partes deberán acompañar a la demanda o a la contestación a la demanda, el documento procesal que acredite el intento de la actividad negociadora previa, salvo en los supuestos a los que hemos hecho referencia anteriormente<sup>617</sup>.

La información que deba recogerse en el documento dependerá del método autocompositivo al que las partes deban acudir, así como de que haya habido o no respuesta por la parte requerida. En lo que respecta a la actividad negociadora en la que no intervenga un tercero neutral, el documento deberá recoger los siguientes datos: la identidad de las partes, el objeto de la actividad negociadora, la fecha, y la determinación de las parte o partes que han formulado las propuestas iniciales. En el caso de que no haya acuerdo, bastará con que el documento pruebe que la parte requerida ha recibido la propuesta, que ha podido acceder a su contenido íntegro y la fecha. Ello quiere decir, que la carga de la prueba recae sobre la parte requirente, y que no valdrá un correo electrónico (sin respuesta), pues deberá ser un medio que acredite que lo ha recibido, por ejemplo, un burofax, o una carta con acuse de recibo, para probar en sede judicial que la parte requerida lo ha recibido.

En cambio, si interviene un tercero neutral en el MASC, deberá ser este el que expida el documento, a petición de las partes, en el que hará constar la siguiente información: la

---

<sup>617</sup> Para un mayor abundamiento sobre las materias en las que no se exige la acreditación del requisito de procedibilidad, *vid., supra*, el apartado relativo al ámbito de aplicación del Anteproyecto de Ley.

identidad del tercero, su cualificación, el colegio profesional o institución al que pertenece, la identidad de las partes, el objeto del conflicto, la fecha de la reunión o reuniones que se hayan mantenido, la declaración solemne de que las partes han intervenido de buena fe en el procedimiento, para que surta los efectos oportunos ante la autoridad judicial competente; y, en los supuestos en los que la parte requerida no comparezca o se hubiera negado a participar en el procedimiento extrajudicial, se señalará la forma en la que se ha llevado la citación, la justificación de que se ha realizado y la fecha de recepción, en tanto que si es la parte requirente la que no comparece, también deberá hacerse constar.

Estos últimos aspectos serán cruciales para la eventual resolución que dicte tribunal competente en materia de costas, pues la buena fe de las partes en el procedimiento extrajudicial será determinante en la modulación de las costas procesales.

### **10.3. Modificación de la audiencia previa y la vista en orden a potenciar los actos de disposición sobre el objeto del proceso**

En coherencia con el resto del articulado del Anteproyecto de Ley, el artículo 18.1 modifica el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al objeto de permitir el acceso a los MASC una vez iniciado el proceso.

En este sentido, se prevén los actos de disposición sobre el objeto del proceso en vía judicial ante el órgano judicial, en los supuestos de renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción judicial, así como otros métodos de resolución de controversias, sin más límites que tales métodos no sean contrarios a la ley, al interés general o a beneficio de un tercero, se realicen en 1ª como en 2ª Instancia; excluyéndose de su realización una vez señalado el día para la deliberación, votación y fallo del recurso de casación.

En consonancia con esta previsión, el Anteproyecto realiza otras modificaciones en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como son las que señalamos a continuación:

- En primer lugar, una modificación del artículo 24, relativo al poder del procurador, en relación con el artículo 25, también modificado por el Anteproyecto. A efectos de lo que nos interesa, hasta el momento, es requisito

*sine qua non* el otorgamiento de poder especial al procurador para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones de las partes que impliquen el sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto, siendo también obligatorio el poder especial para el ejercicio de todas estas fórmulas que el poderdante excluya del poder general.

La novedad que introduce el apartado tercero del Anteproyecto en el apartado 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es que será necesario poder especial para ejercitar todas las facultades que el poderdante hubiera excluido del poder general, para llevar a cabo los actos de disposición que hemos señalado en el párrafo anterior;

- En segundo lugar, una modificación del artículo 414, para permitir al juez o tribunal que invite a las partes al inicio de la audiencia previa del juicio ordinario, con la finalidad de que intenten llegar a un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de la mediación o de cualquier otro MASC, instándolos a que asistan a una sesión informativa<sup>618</sup>;

En este sentido, el artículo 53 del Anteproyecto introduce la posibilidad de que las partes lleven a cabo una conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia en la audiencia previa del juicio ordinario<sup>619</sup>.

El letrado de la Administración de Justicia citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará en el plazo de 10 días desde las citaciones, siempre que el asunto sea susceptible de ser sometido a conciliación y que no está comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>620</sup>; y,

---

<sup>618</sup> En este sentido, ha de recordarse que la Disposición adicional segunda realiza una modificación “en blanco” de todas las referencias a la mediación, contenidas en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>619</sup> Ha de señalarse que la conciliación previa también se introduce en el juicio verbal a través del artículo 57 del Anteproyecto de Ley que modifica el artículo 438.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiendo que las partes concilien en la fase de alegaciones.

<sup>620</sup> La Ley de la Jurisdicción Voluntaria excluye del ámbito material de la conciliación judicial los juicios en los que intervengan los siguientes sujetos o entidades: (i) los menores y las personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica; (ii) los juicios que estén interesados el Estado, las comunidades autónomas y demás Administraciones Públicas, las corporaciones o instituciones de igual naturaleza; el proceso a través del cual se reclame la responsabilidad civil contra jueces y magistrados; y, como cláusula de cierre, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.



- En tercer lugar, se modifica el artículo 415, en virtud del apartado 54 del artículo 18 del Anteproyecto, en orden a la aprobación judicial del acuerdo de negociación extrajudicial o, en su caso, de acordar la suspensión para someter el asunto a un MASC o arbitraje. Comparecidas las partes, el tribunal declarará la apertura del juicio y comprobará si subsiste el litigio entre las mismas. A continuación, el juez puede invitar a las partes a que sometan la controversia a un MASC o una conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia. Invitación que deberá llevarse a cabo de forma motivada y con el acuerdo de las partes y que, en su caso, será adoptada mediante providencia. Sin perjuicio de esta posibilidad, las partes tienen 2 opciones: (i) manifestar ellas mismas que han llegado a un acuerdo o mostrarse dispuestas a adoptarlo de inmediato, pudiendo desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue el acuerdo<sup>621</sup>; o, (ii) solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someter el conflicto a un MASC o a un arbitraje<sup>622</sup>, en cuyo caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes que acudan al acto.

#### **10.4. Modificación del régimen general de condena en costas**

Desde que se declarara el inicio del estado de alarma tras la pandemia sanitaria y la paralización del sistema judicial, resulta innegable la necesidad de desjudicializar los conflictos y crear nuevas formas amistosas de resolver los conflictos. Este es uno de los objetivos que se extraen de la lectura del Anteproyecto. Objetivo, que el prelegislador introduce en nuestro ordenamiento jurídico a través de la obligatoriedad de acudir a una actividad negocial previa, siendo determinante la actitud de las partes en el procedimiento extrajudicial para la determinación del pronunciamiento de condena en costas en un ulterior proceso judicial.

---

<sup>621</sup> El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial, y podrá llevarse a cabo por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Ello quiere decir que la ejecución será conforme al artículo 517.2, apartado 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo posible la impugnación del acuerdo por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

<sup>622</sup> En el supuesto de que las partes decidan someter la controversia a arbitraje una vez iniciado el proceso, lo que procede conceptualmente es sobreseer el proceso, dado que es un equivalente jurisdiccional.

Viene quedando patente a lo largo de esta investigación, que desde las instituciones europeas se viene potenciando el uso de la actividad negocial como alternativa al proceso, especialmente de la mediación, siendo muchos los países que han conseguido reducir los litigios en sede judicial con la utilización de los MASC<sup>623</sup>. Sin embargo, España es un país con poco arraigado a la cultura de los MASC<sup>624</sup>. Ello conlleva que los niveles de litigiosidad sean muy altos y que la justicia civil sea muy lenta; ciertamente, esta situación ha venido a aumentarse aún más con el estado de alarma<sup>625</sup>.

La instauración de este sistema debe respetar una serie de límites que hemos venido señalando a lo largo de esta tesis, especialmente, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, que se traduce en la necesidad de que se puedan establecer procedimientos de participación obligatoria sin que ello conlleve la exclusión de la vía judicial para las partes; al tiempo que las costas procesales se convierten en el instrumento para “disuadir” en mayor o menor medida la conducta de las partes para que resuelvan sus conflictos en sede extrajudicial, evitando que acudan a la vía judicial.

Muchas son las dudas de constitucionalidad en la doctrina como en la jurisprudencia en cuanto a la imposición de los métodos extrajudiciales. Ciertamente, nos hemos venido mostrando poco partidarios de que los MASC perdieran su esencia voluntaria. Sin embargo, resulta indudable que tras la pandemia sanitaria provocada por el Covid-19, algo ha cambiado, y este cambio debe tener repercusiones en los juzgados, pues si el sistema judicial ya estaba saturado, más lo está ahora tras su paralización.

---

<sup>623</sup> Orduño Muñoz ha indicado que la tasa de utilización de los MASC ronda un 35% en Reino Unido y un 24% en Alemania; ello ha permitido a los tribunales disminuir su carga de trabajo (ORDUÑO MUÑOZ, “La abogacía y la mediación: apuntes críticos al Anteproyecto de Ley de impulso”, en *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 1, 2020, p. 5).

Por su parte, Justicia estima que el número de asuntos que pueden resolverse por la mediación como presupuesto de admisibilidad de la demanda en vía civil oscila entre 250.000 y 300.000 al año, por lo que es estima que podría reducirse la litigiosidad en España en un 10%. La mediación, el antídoto contra el atasco judicial.

<sup>624</sup> En este sentido, López Yagüe, ya señaló el fracaso de la mediación y de la conciliación voluntaria como actividad negocial previa al proceso, pues las estadísticas demuestran que la tasa de resolución extrajudicial escasamente alcanza el 1% de los litigios que llegan a la vía judicial. *Vid.*, LÓPEZ YAGÜE, “Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil, en *Práctica de Tribunales*, núm. 137, 2019, p. 19.

<sup>625</sup> En este sentido, Joan Picó indica que, a falta de un estudio del impacto económico de esta norma, la obligatoriedad de los MASC podría disminuir en un 10% la carga de trabajo de los tribunales civiles (*Vid.*, JOAN PICÓ, J., “MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?, en *Diario La Ley*, núm. 9801, p.1).

El Tribunal Constitucional e incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya han venido señalando que el establecimiento de un trámite extrajudicial previo al proceso, no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva si ello supone un mero aplazamiento<sup>626</sup>. Sin embargo, debe tratarse de un plazo breve, pues de lo contrario, una justicia tardía, puede ser equivalente a un incumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

Reputados autores vienen siguiendo las líneas señaladas por los tribunales, siendo constitucionales la imposición de los MASC que no excluyan el acceso a la jurisdicción<sup>627</sup>, y a nuestro juicio, los que no dilaten en exceso la obtención de una resolución judicial.

Esta es la línea seguida por el Anteproyecto de Ley, que para conseguir que las partes no acudan a la vía judicial, modifica el régimen general de condena en costas, “premiando” al que actúa de acuerdo con las reglas de la buena fe procesal y un adecuado uso de la Justicia en tanto que “castiga” al que actúe en contra de esos principios.

Concretamente, el Anteproyecto modifica los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de costas procesales:

- El artículo 394, relativo a la condena en costas en la primera instancia;
- El artículo 395, relativo a la condena en costas en caso de allanamiento;
- El artículo 398, relativo a la condena en costas en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación;

---

<sup>626</sup> En este sentido, *vid.*, *v gr.*, las STC (Sala 2ª), núm. 355/1993, de 29 de marzo (núm. de recurso: 612/1991); STC (Sala 1ª), núm. 145/1992, de 13 de octubre (1071/89); STS (Sala 1ª), núm. 217/1991, de 14 de noviembre (núm. de recurso: 1850/88); y, STC (Sala 1ª), núm. 60/1989, de 16 de marzo (núm. de recurso: 963/1987). Para un mayor abundamiento sobre ellas, puede consultarse, PICÓ JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Bosch, Valencia, 2011, pp. 1-204.

<sup>627</sup> En este sentido, *vid.*, PÉREZ DAUDÍ, V., “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva, *op. cit.*”, p. 26; PÉREZ DAUDÍ, V., “La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas”, en *Revista asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 1, 2020, p. 112; BARONA VILAR, S., “Psicoanálisis de los ADR: retos en la sociedad global del siglo XXI, en *La Ley de Mediación y arbitraje*, núm. 1, 2020, p. 8; MAGRO SERVET, V., “La Ley mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus”, en *Diario La Ley*, núm. 9614, 2020, p. 15; PEITEADO MARISCAL, P., “Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria, en *Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público*, vol. 66, núm. 2, 2018, p. 309 y 314; y, SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación, tutela adecuada a los conflictos civiles, en *Tratado de mediación* (Blanco García, ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 44.

- El artículo 32.5, relativo a la intervención no preceptiva del abogado, con algunas especialidades cuando el litigante sea consumidor; y,
- El artículo 245 *bis*, que introduce un incidente declarativo en la impugnación de la tasación de las costas para su exoneración o reducción.

#### **10.4.1. La actividad negocial y el concepto de abuso de servicio público de Justicia: modificación del régimen general de condena en costas en primera instancia**

De una lectura simple del Anteproyecto se deduce que la actitud de las partes en la actividad negocial será determinante para la determinación de la condena en costas. Ello es así, porque se tendrá en cuenta la buena fe de aquellas para alcanzar un acuerdo.

Esta norma, además de modificar el régimen general de las costas previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, introduce el término de abuso del servicio público de Justicia para modular las costas e imponer multas o sanciones en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>628</sup>.

Este concepto hace referencia a la actitud incompatible de las partes con su sostenibilidad, como a la utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de justificación racional.

---

<sup>628</sup> Con carácter previo al Anteproyecto, encontramos intentos dirigidos a “fomentar” el uso de los MASC, a través de la modulación de las costas procesales, atendiendo al comportamiento de las partes en la actividad negocial. Buena muestra de ello, es el Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, de 12 de junio de 2020, en el que se acuerda lo siguiente: *«a los efectos de imponer costas, podrá ser interpretado como mala fe o temeridad: la negativa a acudir a la sesión informativa de mediación que haya sido convocada por derivación del juzgado; el silencio o rechazo ante una oferta extrajudicial, cuando la resolución final del pleito se ajuste sustancialmente al contenido de esa oferta»*. Se justifica la necesidad de fomentar las vías de transacción entre las partes y, en especial, potenciar el uso de la mediación intrajudicial, dando potestad a los jueces para penalizar conductas contrarias a la buena fe, cuando se utilicen con la finalidad de dilatar el proceso. En el mismo sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2021, que el intento de una de las partes de arreglar el conflicto en sede extrajudicial debe tener efectos en las costas procesales. Ello sucede en la citada sentencia, en la que la entidad financiera rechaza indebidamente la reclamación previa del consumidor en la que se solicitaba el cese y la devolución de las cantidades cobradas en concepto de la cláusula suelo [STS (Sala 1ª), núm. 36/2021, de 27 de enero (*cit.*)]. Este mismo criterio es también compartido en el escrito de observaciones del Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de febrero de 2021, en que se afirma que: *«se ve con agrado que a través del régimen de condena en costas se incentive su utilización»*.

El Anteproyecto señala que será la eventual jurisprudencia la que irá delimitando los límites de este concepto, al igual que lo ha ido delimitando para los términos de temeridad y mala fe procesal. A la espera de la delimitación que haga la jurisprudencia sobre este término, podemos adelantarnos a decir que el concepto de abuso del servicio público de Justicia engloba a la temeridad y a la mala fe, pero no a la inversa, por lo que parece que este concepto, en principio, es más amplio que estos dos últimos.

Ha de señalarse al respecto, que el prelegislador ha desaprovechado la oportunidad de delimitar pormenorizadamente, qué conductas o actitudes son las que pueden determinar el abuso público de Justicia, dejando a los jueces y tribunales la carga futura de delimitar este concepto. Inicialmente, esta situación va a provocar cierta inseguridad a las partes, al tercero neutral y a los jueces y magistrados que tengan que determinar caso por caso el mal uso de la justicia, pues si este concepto no queda bien delimitado desde el inicio, la parte que sea condenada en costas podrá sufrir una “condena anticipada”.

En este sentido, proponemos, *de lege ferenda*, que el tercero neutral, el abogado o el sujeto que intervenga en la actividad negocial, informe previamente a las partes de que su actitud en el procedimiento extrajudicial puede ser determinante para la condena en costas, pues ello conllevaría que las partes desde el inicio actuarán conociendo las reglas que pretenden implantarse.

En lo que respecta a la imposición de las costas atendiendo a la conducta de las partes en el procedimiento extrajudicial, Picó Junoy indica que, si se pretende estimular el uso de los MASC, es normal que el prelegislador haya previsto sanciones o acciones negativas para los supuestos en los que haya un vencimiento parcial o total, si la parte contraria rechazó un MASC, o cuando la parte que ofrece el MASC ve rechazada la propuesta y el contenido de la resolución judicial es muy similar al de la propuesta<sup>629</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo viene señalando la necesidad de que la actitud de las partes en el intento de la solución extrajudicial debe reflejarse en las costas<sup>630</sup>.

---

<sup>629</sup> Cfr., PICÓ JUNOY, J., “MASC y costas procesales en el futuro procesal civil: ¿La cuadratura del círculo?”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>630</sup> STS (Sala 1ª), núm. 36/2021, de 27 de enero (*cit.*).

Con todas estas consideraciones, comenzamos señalando que, de forma muy compleja, el Anteproyecto modifica el criterio de vencimiento anticipado seguido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendiendo a 2 premisas: la primera atiende a que la demanda se estime total o parcialmente; y, la segunda a la actitud de las partes en la actividad negocial.

En lo que respecta a la primera premisa, si la estimación de la demanda es total, seguirá rigiendo el criterio de vencimiento anticipado, salvo que sea legalmente obligatorio acudir a un MASC, o el tribunal derive el asunto a uno de ellos durante el transcurso del proceso. Supuesto este en el que no habrá pronunciamiento de costas a favor de la parte que rehúse expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en una actividad negocial, mediación o en cualquier otro MASC al que hubiese sido efectivamente convocado.

En cambio, si la estimación o desestimación de la demanda es parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que se le impongan a una de ellas por litigar con temeridad, o cuando la parte demandada no hubiera acudido sin causa justificada a un intento de mediación u otro MASC, cuando fuera legalmente obligatorio o así lo acuerde el tribunal durante el proceso, podrá condensarse en costas, mediante decisión motivada.

De esta nueva redacción, ha de señalarse que no estamos muy de acuerdo con que se condene en costas al demandando cuando fuera legalmente obligatorio acudir a un MASC o cuando así lo acuerde el tribunal, dado que el Anteproyecto ya señala expresamente la necesidad de acreditar el requisito de procedibilidad como documento obligatorio que ha de acompañarse a la demanda. Dicho de otra manera, el Anteproyecto señala la posibilidad de que el juez invite a las partes a participar en una actividad negocial, pero si esta ya se impone como requisito de procedibilidad, entendemos que no es lógico que el juez vuelva a derivar a las partes a otra actividad negocial.

Además, en el mejor de los casos, si la actividad negocial no se establece como presupuesto procesal, si el tribunal invita a las partes a realizar una actividad negocial tal y como está regulado, el demandando va a ser condenado en costas por el simple hecho de rehusar el MASC sin causa justificada.

El otro supuesto que se establece para el régimen de condena en costas nos resulta algo más lógico, pero con algunas especialidades. Nos referimos a los casos en los que se inicie un proceso judicial con el mismo objeto que el de la actividad negocial previa que ha finalizado sin acuerdo en los que el tribunal deberá tener en cuenta la actitud de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre la condena en costas y para la imposición de multas o sanciones que estén previstas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entendemos que el prelegislador debería haber optado por seguir el criterio de vencimiento objetivo, para los supuestos en los que se refiera a la participación de las partes en el MASC, en tanto que debería seguirse un criterio subjetivo, es decir, imputar las costas atendiendo a la conducta de las partes, cuando se acuda a un MASC por invitación del juez.

Por otra parte, el apartado 58 del artículo 18 del Anteproyecto de Ley modifica el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El apartado 1º indica que, si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas, salvo que el tribunal motivadamente aprecie mala fe en su conducta o abuso del servicio público de Justicia.

A renglón seguido, se señala una presunción *iuris et de iure* de la mala fe del demandado, si antes de presentar la demanda, el demandante le hubiera dirigido un requerimiento de pago al demandado de forma fehaciente y justificada o, cuando se hubiese rechazado el acuerdo ofrecido en un intento de conciliación, la participación en un procedimiento de mediación u en otro MASC para más tarde allanarse. Sin embargo, no se aplicará esta presunción, si el allanamiento se produce antes de la contestación a la demanda.

También se impondrán las costas al demandado si rechaza de forma injustificada acudir a un MASC cuando fuera legalmente obligatorio, o cuando así lo hubiera acordado el tribunal durante la tramitación del proceso y se allanara a la demanda, será condenado en costas mediante decisión motivada.

A nuestro juicio, consideramos que este último supuesto, más que fomentar los MASC, crea un efecto disuasorio en las partes en la actividad negocial previa, dado que si el demandado rehúsa injustificadamente a resolver el conflicto en sede extrajudicial será condenada en costas “anticipadamente” en vía judicial.

#### **10.4.2. Partidas incluidas: intervención facultativa de abogado y procurador y las especialidades cuando asista a un consumidor en los MASC**

El artículo 18, apartado 3º del Anteproyecto modifica el apartado 5º del artículo 32 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, cuando la intervención del abogado y procurador no sea preceptiva, de la posible condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales, quedarán excluidos los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio.

Supuesto este en el que sí operarán las limitaciones a las que se refiere el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas<sup>631</sup>, incluyendo los derechos devengados por el procurador como consecuencia de las actuaciones de carácter meramente facultativo que hubieran podido ser practicadas por las Oficinas judiciales.

Pero lo más significativo del Anteproyecto es que introduce en su artículo 4 que en los casos en los que aun siendo facultativa la intervención de abogado y procurador, si el consumidor opta por valerse de ellos para interponer demanda tras haber realizado una reclamación extrajudicial previa, en la tasación de costas sí se incluirá la cuenta del procurador y la minuta del abogado, pero en este último caso sin el límite al que hemos hecho referencia anteriormente. Así pues, entendemos que el prelegislador ha optado por

---

<sup>631</sup> Dicha limitación se ciñe a que el litigante vencido y condenado en costas solo estará obligado a pagar, de la parte que les corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no podrá exceder de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido dicho pronunciamiento. En cuanto a las pretensiones que no sean estimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que por la complejidad del asunto el tribunal disponga otra cosa. Evidentemente, cuando el condenado en costas sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en defensa de la parte contraria en los casos expresamente señalados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.



esta opción en aras a proteger al consumidor que en vía extrajudicial ha pretendido llegar a un acuerdo y no ha podido, evitando que asuma los costes del abogado y del procurador.

#### **10.4.3. Impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación**

En última instancia, el apartado 30 del artículo 18 del Anteproyecto modifica el artículo 245 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través del cual se legitima a la parte condenada en costas para que solicite la exoneración de su pago, o bien la moderación de su cuantía en los supuestos en los que se hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los MASC, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga fin al proceso sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.

A renglón seguido, se señala que tendrá las mismas consecuencias el rechazo injustificado de la propuesta que formule el tercero neutral, cuando la resolución judicial que recaiga en el proceso sea sustancialmente coincidente con la propuesta.

Y, aquí, volvemos a la problemática de determinar, un concepto jurídico indeterminado, como es el «*sustancialmente coincidente*». Quedará en manos de la jurisprudencia determinar dónde está el límite.

La parte que solicita la exoneración o la modificación deberá acompañar la documentación de la propuesta rechazada; propuesta, que estará dispensada del deber de confidencialidad. Si la solicitud no va acompañada de la documentación pertinente, el letrado de la Administración de Justicia dictará un decreto por el que se inadmitirá a trámite dicha solicitud.

### **11. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE MEDIACIÓN**

En consonancia con la implementación y fomento de nuevas MASC, el prelegislador también ha fomentado los métodos ya existentes, realizando modificaciones puntuales en su regulación.

Ello acontece con la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que será modificada en aspectos puntuales, entre otros, en relación a los efectos sobre los plazos de prescripción y caducidad, y en relación al requisito de procedibilidad establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La primera modificación afecta al propio concepto de la institución, que se redefine de la siguiente forma:

*«Se entiende por mediación aquel medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un tercero».*

De esta forma, el prelegislador parece que exige, no solo el acuerdo de voluntades para acudir a la mediación, que además ha de recibir tal denominación, sino además que tenga un procedimiento estructurado, esto es, que se establezcan los pasos que deben seguirse ordenadamente para cumplir con el objetivo planteado, el intento de llegar a un acuerdo. Y dichos pasos vienen recogidos en el artículo 3, letra *a*) de la Directiva 2008/52, que tiene el debido reflejo en la Ley de Mediación (sesión inicial, sesión constitutiva y desarrollo de sesiones posteriores)<sup>632</sup>.

También reforma el artículo 4, dedicado a los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad; modificación que está en consonancia con lo establecido en el artículo 4 del Anteproyecto con el resto de MASC, adaptándola a las peculiaridades de la mediación, indicando que la interrupción o la suspensión se entenderá producida desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito de la misma ante la institución encargada de suministrar la mediación, reiniciándose o reanudándose el cómputo de los plazos en el caso de que transcurrido 30 días naturales desde la recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito<sup>633</sup>. De abrirse la mediación, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la ley.

---

<sup>632</sup> Procedimiento que se regula en el Título IV de la Ley 5/2012.

<sup>633</sup> Ha de entenderse que se está refiriendo a la sesión informativa.

El Anteproyecto también cambia la rúbrica del artículo 6 de la Ley de Mediación en consideración de la mediación como un MASC al que se puede acudir para cumplir con el requisito de procedibilidad del artículo 403.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; de ahí que de tener por título «*Voluntariedad y libre disposición*», se haya titulado «*Requisito de procedibilidad y libre disposición*». Requisito de procedibilidad que se entenderá cumplido con el intento de mediación, esto es, con haber acudido a la sesión informativa, siempre que en aquella sesión quede constancia del objeto de la controversia y demás requisitos establecidos en el artículo 17 de la norma. En dicha sesión deberán de acudir personalmente las partes (si son personas físicas), o el representante legal (de las personas jurídicas), o persona con poder para transigir.

Por su parte, el artículo 17.1 establece que las partes deberán de manifestar durante la sesión informativa el objeto de la controversia para entender cumplido el requisito de procedibilidad, pero además este mismo artículo, según la redacción dada por la Disposición final tercera del Anteproyecto, señala que en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión inicial, deberá entenderse como que las partes rehúsan la mediación, en cuyo supuesto, de aplicar el artículo 6 de la Ley de Mediación, no se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad, lo cual causa un grave perjuicio a la parte que sí acude a dicha sesión. Tanto es así, que el Consejo General del Poder Judicial, en su informe dado al Anteproyecto, ha pedido una regla semejante a la prevista en el artículo 7 del Anteproyecto para el resto de MASC.

Precepto este, que como tiene visto prevé que la tercera persona que intervenga en el MASC consigne si no ha comparecido la parte requerida o hubiera rehusado la invitación a participar o, en su caso, consagre si la parte solicitante es quien no ha acudido. Con ello se salvaguarda el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona que de buena fe ha acudido a la primera sesión, pues ha de entenderse que ha cumplido con el requisito de procedibilidad.

Se modifica también el artículo 9 de la Ley de Mediación, en consonancia con el deber de confidencialidad, ampliándose las excepciones a tal deber.

EL artículo 11 también se modifica, pues se introduce un nuevo apartado para establecer la inscripción en el Registro de Mediadores, como un requisito habilitante para ejercer de mediadores<sup>634</sup>.

También se modifica el artículo 13 en lo relativo a la función del mediador, que deberá de facilitar la comunicación entre las partes, así como prestar el asesoramiento necesario. Además, se establece la asistencia letrada preceptivamente durante el procedimiento de mediación.

Se modifica el apartado 1 del artículo 13, que además de señalar que la función del mediador es facilitar la comunicación entre las partes y velar por que las partes dispongan de la información y asesoramiento necesario, añade que en todo caso será obligatoria la asistencia letrada durante el procedimiento de mediación, sea esta para hacer valer el requisito de procedibilidad o sea por derivación judicial, salvo que la cuantía del conflicto no exceda de 2000 euros. No obstante, si se dan varias reuniones de mediación, la asistencia de la asistencia letrada será por acuerdo entre las partes y el mediador. En caso de que el letrado no asista a alguna de las sesiones no dará lugar a la invalidez del procedimiento de mediación, cuando así se haya acordado.

Por otra parte, se modifica el precepto referido a la solicitud del inicio de mediación (art. 16), y se introduce la posibilidad que, por invitación de juez en el proceso judicial, se derive a las partes a una mediación, previa conformidad de ellas y en los términos previstos en las normas procesales a los que ya nos referimos con carácter previo.

En este mismo precepto, se introduce un apartado 4º para señalar la designación del mediador en los supuestos en los que la mediación se lleve a cabo por derivación judicial, siendo las partes las encargadas de designar al mediador o a la institución de la mediación debidamente inscrita en los Registros de Mediadores. Si las partes no llegan a un acuerdo en la designación en el plazo de 5 días, el mediador será nombrado de oficio, y se nombrará el que por turno corresponda de la lista de mediadores de cada especialidad que

---

<sup>634</sup> Actualmente, el Registro de Mediadores se configura como un registro informático, esto es, no habilitante, pues la única formalidad de la inscripción es facilitar a los ciudadanos una lista de mediadores o instituciones de la mediación [arts. 8, 9, 11 y 12 del 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 (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013)].

exista ante el Tribunal Superior de Justicia, la Audiencia Provincial o el Decanato de los juzgados unipersonales, en los que entendemos que se encontrarán la unidad de medios adecuados de solución de conflictos que introduce en Anteproyecto<sup>635</sup>.

Se modifica el artículo 17 de norma de la Ley de Mediación, que pasa a denominarse «*sesión inicial*». Como ya hemos señalado, lo más significativo de la modificación de esta norma es la obligatoriedad de asistir a una sesión inicial de mediación<sup>636</sup>.

En dicha sesión informativa el mediador deberá expedir un documento, a petición de cualquiera de las partes, donde hará constar la siguiente información: (i) su identidad, su cualificación, el colegio profesional o la institución a la que pertenece; (ii) la identidad de las partes que intervengan; (iii) el objeto del conflicto y la fecha de la sesión; la declaración solemne de que las partes han intervenido de buena fe en el procedimiento, para que surta los efectos pertinentes, en su caso, ante el tribunal competente, haciendo constar si alguna de las partes no ha asistido a la sesión inicial; y, la certificación expedida por el mediador de la asistencia de las partes a la sesión informativa o, si se diera, del inicio del proceso de mediación de buena fe. Certificación que servirá para satisfacer el requisito de procedibilidad con carácter previo a la interposición de la demanda.

En esta sesión las partes recibirán la información necesaria para decidir si se inicia o no el procedimiento; de ahí que concluyamos que la sesión inicial queda fuera del procedimiento de mediación. Tanto es así, que la propia norma señala que el procedimiento de mediación comenzará con una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar el procedimiento de mediación (*ex art. 19 LMACM*).

En lo que respecta a la mediación de consumo, que es la materia que nos ocupa, entendemos que no hay obstáculo para que, en su caso, se diera la obligatoriedad de asistir

---

<sup>635</sup> La no aceptación por el mediador de la designación de oficio salvo causa justificada se entenderá como una renuncia automática, pudiendo incurrir en las responsabilidades disciplinarias por razón de dicha negativa injustificada (*ex DA 3º, ap. 6º, párraf. 8º*).

<sup>636</sup> En este sentido, está claro que las estadísticas de los países donde se ha implantado la mediación obligatoria son mejores que en España, donde la mediación sigue siendo voluntaria. Muestra de ello son, entre otros, Francia e Italia.

a una sesión inicial, siempre que no sea utilizada con fines dilatorios<sup>637</sup> y quede expedita la vía judicial<sup>638</sup>.

De ahí que, para evitar el uso de ella con fines dilatorios se modifique el apartado 4 del artículo 22 de la Ley de Mediación, a través del cual, cuando las partes opten por acudir al intento de mediación, bien para cumplir el requisito de procedibilidad, bien por derivación judicial, en el acta final deberá constar si el acto de mediación no ha podido llevarse a cabo por inasistencia injustificada de alguna de las partes y, en su caso, las causas de esa inasistencia.

En este sentido, como señala Bove, respecto a la imposición de la mediación obligatoria en Italia, siempre habrá una parte que pretenderá aprovecharse de la lentitud que conlleva la justicia<sup>639</sup>. Otros autores, en cambio, señalan que la mediación se debe imponer, porque los abogados en principio son contrarios a la mediación<sup>640</sup>; y, otros, entienden que el legislador no pretende potenciar la mediación con su imposición, sino derivar los asuntos de los órganos judiciales, puesto que cuando se acude al arbitraje no es necesario intentar la mediación previa<sup>641</sup>.

A nuestro juicio, estamos de acuerdo con todas estas previsiones. Y con estas mismas premisas pretende potenciarse el Anteproyecto que analizamos, pues consideramos que la finalidad de la norma va más encaminada a descongestionar la vía judicial que a ofrecer verdaderamente sistemas eficaces a las partes en conflicto. De hecho, si la finalidad del Anteproyecto fuera evitar la imposición de una solución, en el arbitraje, también se hubiera exigido que las partes acudieran previamente a un MASC.

---

<sup>637</sup> En este sentido, Conde Fuentes indica que en materia de consumo puede establecerse como obligatoria la sesión informativa o sesión inicial para el empresario [Vid., CONDE FUENTES, J., “La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *op. cit.*, p. 314].

<sup>638</sup> En parecidos términos, SIGÜENZA LÓPEZ, J., “Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea” en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (Jiménez Conde, dir./Fuentes Soriano y González Cano, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 536.

<sup>639</sup> BOVE, M., *La mediazione per la composizione delle controversie civile e commerciali*, CEDAM, Milán, 2010, p. 347. En el mismo sentido, PÉREZ DAUDÍ, V., “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>640</sup> COMBA, “Nociones esenciales, técnicas y sugerencias”, en *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán 2011, p. 15.

<sup>641</sup> BOGGIO, “La disciplina generale de la mediazione e della conciliazione nell’ordinamento italiano”, en *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán, 2011, p. 292.

Lo que realmente sucede es que el arbitraje no está tan saturado como sucede con la vía judicial. Por ello, no se ha previsto exigir el requisito de procedibilidad en sede arbitral, ni que el árbitro derive el conflicto a un MASC, al modo en que se ha planteado en el Anteproyecto en sede judicial.

Y una última cuestión, es que, si se dan efectos dilatorios a costa de imponer los MASC con carácter obligatorio, debería condenarse en costas a la parte que actúe de mala fe, dado que la parte contraria ve frustradas sus pretensiones a corto plazo, siendo en la mayoría de los casos los empresarios los usan estos medios con la finalidad de facilitar al consumidor una pronta solución<sup>642</sup>. Pero esta imposición de las costas no debe usarse por los tribunales como efecto disuasorio para “forzar” de forma encubierta a las partes a que no lleguen a la vía judicial para cumplir su finalidad inicial, sino más bien, para que verdaderamente se castigue al que, de mala fe, haga uso de todos estos presupuestos procesales para dilatar el cumplimiento de la justicia, esto es, no tener la intención de llegar a un acuerdo e incumplir de forma premeditada lo acordado entre las partes en el tráfico de las relaciones jurídicas.

Asimismo, el prelegislador, con la intención de potenciar y aumentar la confianza en esta institución, modifica el plazo máximo de duración del procedimiento de mediación, entendiéndose que se cumple el requisito de procedibilidad si han transcurrido 3 meses desde la recepción de la solicitud por el mediador (DF 3ª, ap. 8 AEP), se añade que la duración del procedimiento deberá ser lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el «*mínimo de sesiones posibles*».

La última modificación afecta al apartado 2º de la Disposición final octava de la Ley de Mediación, que prevé que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, determinará la duración y el contenido mínimo de la formación que deberán tener los mediadores para llevar a cabo la mediación, señalando la necesidad de que deberán seguir formándose continuamente. Se señalan, entre otras, los módulos que deben tener dichos cursos, destacando el módulo de igualdad, de detección de la violencia de género, de perspectiva de género y de infancia para los mediadores que pretendan actuar en el ámbito del Derecho de familia. Y no se señala nada respecto a la formación en la mediación de

---

<sup>642</sup> Muestra de esta mala fe ha sido, entre otras muchas malas prácticas, las cláusulas suelo abusivas introducidas por las entidades financieras en los contratos de préstamos con garantía hipotecaria.

consumo, pero entendemos que se incluye en el módulo de formación cuando el Anteproyecto señala «*entre otras*».



## **II. LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

En este apartado pretendemos analizar las señales que el legislador ha establecido respecto a las acciones colectivas en sede extrajudicial. Ello nos aboca al estudio de la propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018, así como la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre la aprobación de la Directiva sobre acciones colectivas, para finalmente adentrarnos en la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Para finalmente aventurarnos a señalar cuáles serán las proyecciones de futuro de las acciones colectivas en la solución extrajudicial de conflictos una vez que el legislador español transponga la Directiva al ordenamiento jurídico español.

### **1. ANTECEDENTES**

#### **1.1. La propuesta de Directiva sobre acciones colectivas de 11 de abril de 2018**

Como hemos venido haciendo referencia a lo largo de esta investigación, aún quedan muchos retos por consolidar en la configuración jurídica de las acciones colectivas en el seno del proceso judicial. Lógicamente, la admisión de este tipo de acciones se hace aún más complejo en sede extrajudicial, teniendo en cuenta que en los procedimientos extrajudiciales no contamos con las garantías suficientes para que puedan ser admitidas, habida cuenta de que su regulación, al menos en el ordenamiento jurídico español, es escasa, induciendo en algunos casos a error.

Ciertamente, aún quedan muchos retos por consolidar en lo que respecta a las acciones colectivas en materia de consumo<sup>643</sup>, especialmente en sede extrajudicial; de ahí que consideremos necesario que esta materia sea regulada con todas las cautelas posibles,

---

<sup>643</sup> En el mismo sentido, PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acuerdos y acciones colectivas: ¿una posibilidad real”, *op. cit.*, p. 75.

habida cuenta de que estas acciones serían ideales para resolver los conflictos que afecten a una colectividad de personas, los consumidores.

En este contexto, las instituciones europeas han apostado decididamente por las acciones colectivas en la propuesta de Directiva de 2018. Propuesta, que supuso un gran avance en la protección colectiva de los consumidores, pues prevé la implementación del ejercicio de estas acciones en el seno de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos.

El objetivo de la propuesta era precisamente sustituir a la ya derogada Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009, dado que, a diferencia de aquella, no plantea la posibilidad de llevar a cabo acuerdos colectivos en sede extrajudicial.

En lo que respecta al ámbito material de aplicación de la propuesta de Directiva, ha de señalarse que era lo suficientemente amplia como para abarcar a otros instrumentos de la Unión Europea, como pueden ser los servicios financieros, la energía, las telecomunicaciones, la salud y el medio ambiente (*sic* párr. 11º), al tiempo que regula la posibilidad de que las entidades habilitadas más representativas lleguen a acuerdos colectivos a través de las acciones de representación.

La propuesta de Directiva señala que el ejercicio privado de los derechos debe ser independiente y complementario de la aplicación por parte de las autoridades públicas transfronterizas, remitiéndose al Reglamento (UE) 2017/2394<sup>644</sup> para establecer las bases del trabajo conjunto de las autoridades nacionales de protección de los consumidores para hacer frente a las infracciones transfronterizas. Y ello, con el objetivo de reforzar la eficacia de la aplicación transfronteriza de aquellas autoridades, otorgando a las autoridades públicas nacionales un articulado normativo uniforme de competencias para cooperar de manera eficaz contra las infracciones generalizadas, incluyendo la posibilidad de adoptar medidas cautelares para evitar el riesgo de perjuicios graves a los intereses colectivos de los consumidores y obtener el cese o la prohibición de las infracciones contempladas en el Reglamento.

---

<sup>644</sup> Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004.

Así pues, las entidades habilitadas podrán interponer acciones de representación que persigan medidas destinadas a obtener los siguientes acuerdos colectivos: (i) una orden de cesación, como medida cautelar para detener una práctica o, si esta no se ha llevado a cabo pero es inminente, para prohibirla [art. 5.2, *a*)]; y, (ii) una orden de cesación que establezca que la práctica constituye una infracción de la ley, y en su caso para que se ponga fin a aquella, o si la práctica todavía no se ha llevado a cabo pero es inminente, prohibirla [art. 5.2, *b*]).

Las autoridades competentes solo pueden obtener del comerciante infractor o intentar obtener de estos compromisos voluntarios de medidas correctoras para reparar el perjuicio de los consumidores, sin perjuicio del derecho que estos tienen a buscar resarcimiento por los medios apropiados. En este sentido, entendemos que se refiere propiamente al cese voluntario de la conducta infractora a través de los códigos de conducta o a la posibilidad de que los consumidores busquen otras alternativas por otros medios extrajudiciales o judiciales.

En lo que respecta a la orden de reparación, los Estados miembros velarán por que las entidades habilitadas puedan interponer acciones de representación, solicitando una orden de reparación por la cual se obligue al comerciante a ofrecer, entre otras cuestiones: la indemnización, el arreglo, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado (art. 6.1). Asimismo, la propuesta de Directiva deja cierto margen de discrecionalidad a los Estados miembros para requerir el mandato de los consumidores individuales afectados por la infracción, antes de que se dicte una resolución definitiva o una orden de reparación<sup>645</sup>.

Igualmente, y dado que el tema que nos ocupa es la posibilidad de que las entidades más representativas ejerciten acciones colectivas en sede extrajudicial, la propuesta de Directiva ofrece a los Estados miembros la posibilidad de que una entidad habilitada pueda celebrar acuerdos colectivos al margen de proceso judicial. Estas entidades y el comerciante en cuestión podrán llegar a acuerdos para la reparación que vaya a ofrecer al colectivo de consumidores afectados por la práctica ilegal, siendo posible que la adopción de acuerdo sea antes de iniciarse el proceso judicial, o bien una vez que ya se ha iniciado.

---

<sup>645</sup> SENÉS MOTILLA, C., “Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación”, *op. cit.*, p. 16.

De ahí, que se aliente a los Estados miembros a que animen a las partes que sufran daños masivos a resolver la cuestión de la indemnización de modo consensuado o extrajudicial, teniendo en cuenta los requisitos de la Directiva 2008/52/CE y, garantizando que los mecanismos judiciales al recurso colectivo incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante la tramitación del juicio puedan acceder a las fórmulas alternativas de solución de conflictos. Ello dependerá en gran medida de la voluntad de las partes, dado que el principio dispositivo está muy presente en la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.

Por otra parte, se recomienda que el plazo de prescripción se suspenda duramente el período comprendido entre el momento en que las partes acuerden resolver el conflicto a través de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, hasta como mínimo, el momento en el que una parte (o ambas) se retire expresamente del procedimiento extrajudicial, o bien, cuando el acuerdo derivado de una transacción colectiva sea controlado por los órganos jurisdiccionales. Órganos estos que deberán velar por los intereses y derechos de todas las partes implicadas.

Tanto es así, que la propuesta de Directiva se pronuncia sobre en el considerando número 27 sobre Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, señalando que esta no es óbice para que los Estados miembros mantengan o introduzcan procedimientos de resolución alternativa, para que se tramiten conjuntamente litigios idénticos o similares entre un comerciante y varios consumidores, garantizándose la posibilidad de que pueda existir un sistema eficaz de reclamaciones colectivas y un recurso fácil a la resolución alternativa de litigios que sea complementario y no excluyente de la vía colectiva judicial.

De ahí que consideremos que la línea seguida por la propuesta de Directiva no pretendía implementar el ejercicio de acciones colectivas en sede arbitral, por ser este un equivalente jurisdiccional que desplaza totalmente la posibilidad de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto<sup>646</sup>.

---

<sup>646</sup> Para un mayor abundamiento sobre la posibilidad de ejercitar acciones colectivas en el arbitraje de consumo, *vid., supra*.

Por otra parte, la propuesta señalaba algunas novedades respecto a los tribunales y a las autoridades administrativas. De tal forma que se les concede la posibilidad de adoptar una decisión sobre la viabilidad de invitar al comerciante infractor y a las entidades representativas habilitadas para que negocien un acuerdo colectivo que estará destinado a alcanzar la reparación a los consumidores afectados. Decisión, que estos órganos tomarían teniendo en cuenta varios aspectos: la infracción cometida por el comerciante, las características del colectivo de consumidores afectado, la posible reparación que se va a ofrecer, la disposición de las partes de negociar un acuerdo colectivo y la diligencia del procedimiento.

Del posible acuerdo colectivo que se adoptara, los consumidores afectados tendrán derecho a ser informados sobre: (i) de la acción de representación en curso; (ii) del hecho de que la práctica del comerciante es contraria a la ley; (iii) de los derechos que le asisten derivados de la infracción del comerciante; y, (iv) de las medidas que deben adoptar posteriormente para obtener una reparación (cdo. 31).

La solicitud para negociar un acuerdo colectivo deberá ser admitida por el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, únicamente, si no existe en curso otra acción de representación en relación con la misma práctica, siendo este motivo una causa de inadmisión a trámite de la solicitud. El órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa competente que apruebe dicho acuerdo colectivo debe tener en cuenta los intereses y los derechos de todas las partes interesadas, incluidos los de los consumidores individuales, siendo necesario expresamente que los consumidores individualmente afectados se adhieran o rechacen expresamente el acuerdo (cdo. 30).

Este último considerando nos lleva a concluir varios aspectos que debemos tener en consideración a la hora de analizar las distintas fórmulas de resolución de conflictos tras la aprobación esta propuesta: en primer lugar, que la propuesta de Directiva se refiera exclusivamente a los acuerdos que, en su caso, adopten las partes a través de las fórmulas autocompositivas; ya sean acuerdos alcanzados tanto fuera (transacción extrajudicial, conciliación extrajudicial o mediación intrajudicial) como dentro del proceso (transacción judicial, conciliación judicial, mediación intrajudicial), sin perjuicio de que, en todo caso, se exige la homologación por parte del juez o, en su caso, del letrado de la Administración

de Justicia, por lo que lo más viable es que el acuerdo colectivo se dé en el seno de una conciliación judicial.

En segundo lugar, que se excluyen tácitamente las fórmulas heterocompositivas, como el arbitraje, dado que el eventual laudo arbitral no podrá ser homologado judicialmente e impide el acceso de las partes para solucionar el litigio en sede judicial, sin perjuicio de que en el ordenamiento jurídico español pueda preverse en un futuro, que en el arbitraje de consumo, las partes lleguen a un acuerdo colectivo, suspendan el procedimiento arbitral y soliciten la homologación judicial de ese acuerdo<sup>647</sup>.

En este sentido, Montesinos García indica que la exigencia de homologación por el juez no debe ser extensible al laudo arbitral en un arbitraje colectivo. A renglón seguido, la autora señala que el legislador europeo no ha excluido la posibilidad de que las partes acudan a un arbitraje, y que, si este hubiera sido su deseo, debería haberlo exteriorizado de forma expresa<sup>648</sup>.

Hemos de señalar que no compartimos del todo esta opinión, pues tal y como está configurada la propuesta puede deducirse una exclusión tácita de las fórmulas heterocompositivas, al igual que se deduce una inclusión expresa de las fórmulas autocompositivas. De hecho, la propuesta se refiere a procedimientos complementarios que no sean excluyentes de la vía judicial (ex párraf. 20).

En tercer lugar, que la propuesta parece permitir las acciones de representación cuando se refieran a la protección de los derechos e intereses de los consumidores que sean determinados o de fácil determinación, en tanto que se deduce que se excluirán las acciones de representación cuando se traten de proteger los derechos e intereses difusos, porque los consumidores individuales deben adherirse o rechazar el acuerdo expresamente, sin perjuicio de que los ordenamientos jurídicos internos reconozcan esta posibilidad de que estos consumidores se adhieran o rechacen el acuerdo posteriormente.

---

<sup>647</sup> En este sentido, deberán tenerse en cuenta las especialidades que expusimos cuando analizamos el arbitraje de consumo colectivo. Para un mayor abundamiento, *vid., supra*, en el Capítulo segundo, el apartado relativo a “El arbitraje de consumo colectivo”.

<sup>648</sup> Cfr., MONTESINOS GARCÍA, A., *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*, *op. cit.*, p. 33.

## **1.2. Enmiendas a la propuesta de Directiva 2018: el documento de 26 de marzo de 2019**

Con carácter previo a la aprobación de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones colectivas, en el devenir parlamentario de la propuesta de Directiva de 2018 se elaboró un documento que vino a mostrar la posición del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva, aprobada en primera lectura, el 26 de marzo de 2019, y que realiza importantes enmiendas a la misma<sup>649</sup>; de ahí, que nos hayamos tenido que detener en el estudio de este documento.

De entre todas las enmiendas que realiza y que modifican la propuesta de 2018, nos llama la atención la enmienda número 19, que vuelve a incidir en que los Estados miembros deben fomentar los acuerdos colectivos extrajudiciales para proporcionar una reparación a los consumidores perjudicados con carácter previo a interponer la acción de representación en sede judicial, incluso encontrándose en trámite la misma. Sin embargo, a diferencia de la propuesta de Directiva de 2018, potencia concretamente la institución de la mediación, que podrá llevarse a cabo con carácter previo al ejercicio de la acción de representación en sede judicial (mediación extrajudicial) o una vez iniciada esta (mediación intrajudicial).

También nos llama la atención la enmienda número 20, que siguiendo la línea de la propuesta de Directiva reitera la posibilidad de que una entidad habilitada y un comerciante lleguen a un acuerdo de reparación para los consumidores afectados por una práctica ilegal, en cuyo caso podrán solicitar al órgano judicial o a la autoridad administrativa que lo apruebe. Solicitud que deberá ser admitida únicamente si no existe otra acción de representación en curso y que deberá ser aprobada por el órgano judicial o, en su caso, por la autoridad administrativa, teniendo en cuenta los derechos e intereses de todas las partes interesadas, incluidos los de los consumidores afectados individualmente.

---

<sup>649</sup> Puede consultarse este documento y las enmiendas a la propuesta de Directiva de 2018 en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TCl-COD-2018-0089\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TCl-COD-2018-0089_ES.pdf) (consulta: 3 de noviembre de 2021)

Sin perjuicio de que las enmiendas parecen incluir a las entidades habilitadas y omiten que sean las más representativas, el cambio más importante que se produce respecto a lo señalado en la propuesta de Directiva de 2018 es que se elimina el traslado a los consumidores individuales para permitir la aceptación o el rechazo del acuerdo, al tiempo que se concreta que los acuerdos colectivos serán definitivos y de resultado vinculante para las partes.

De este párrafo cabe indicar varios aspectos en lo que respecta a la futura norma que se trasponga al ordenamiento jurídico español:

- En primer lugar, se incluye la posibilidad de que la aprobación del acuerdo se podrá llevar a cabo por un órgano judicial o una autoridad administrativa; de ahí que entendamos que la futura de transposición pueda permitir que la acción de representación se lleve ante una autoridad administrativa con competencias en materia de consumo, se haya iniciado o no el procedimiento administrativo correspondiente;
- En segundo lugar, parece que la Directiva permite a los legisladores nacionales que se le atribuyan al órgano judicial o a la autoridad administrativa funciones para homologar o aprobar el acuerdo colectivo;
- En tercer lugar, que esos acuerdos colectivos sean definitivos y vinculantes, nos lleva a sostener que, a diferencia de la propuesta de Directiva de 2018, que excluía tácitamente la posibilidad de un arbitraje de consumo colectivo, el documento de 2019 sí permitirá tal posibilidad; y,
- En cuarto lugar, el documento de 2019 elimina el párrafo que concedía a los consumidores individualmente afectados aceptar o rechazar el acuerdo. Entendemos que la supresión de este párrafo obedece a 2 aspectos: (i) porque en sede judicial los consumidores individuales no tienen que aceptar o rechazar individualmente la sentencia que derive de una acción colectiva; y, (ii) porque la aceptación o el rechazo individual de los consumidores afectados resulta imposible cuando se la acción de representación se lleva a cabo para proteger los derechos e intereses difusos de los consumidores.

La enmienda 21, por su parte, elimina la posibilidad de que el órgano judicial o la autoridad administrativa, invite al comerciante infractor y a la entidad habilitada que haya



interpuesto la acción de representación para que lleven a cabo negociaciones destinadas a alcanzar un acuerdo sobre la reparación que se les ofrecerá a los consumidores afectados.

En tanto que la enmienda 22, se refiere al control de los acuerdos colectivos por parte del órgano judicial o autoridad administrativa; con circunscripción de tal control a que los acuerdos se ajusten a los principios de legalidad y equidad, puesto que una vez adoptados serán vinculantes para las partes.

En último término, se modifica el artículo 5, relativo a las acciones de representación, a través del cual se deja libertad a las entidades habilitadas, para elegir otros procedimientos disponibles en virtud del Derecho nacional o de la Unión Europea que garantice un nivel más elevado de protección a los intereses colectivos de los consumidores. Ello, entendemos, que se refiere a otros procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en el que puedan ejercitarse verdaderas acciones colectivas, como sucede, por ejemplo, en el arbitraje de clase en Estados Unidos.

Para concluir, ha de señalarse que existen 2 documentos más de las instituciones europeas relativos a las acciones de representación: de un lado, un documento relativo a la posición del Consejo Europeo, de 4 de noviembre de 2020; y, de otro, un documento relativo a la posición del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2020. Si bien, dado que ya disponemos de la Directiva relativa a las acciones de representación, nos centramos en ella, habida cuenta de que será la norma que finalmente se trasponga a los ordenamientos jurídicos internos.

## **2. LA DIRECTIVA 2020/1828, RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020**

Tras el arduo trabajo realizado por las instituciones europeas por derogar la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril, y tras el estudio de numerosas enmiendas, se aprueba finalmente la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que deroga a su predecesora.

A pesar de la trascendencia de esta Directiva en materia de consumo, dedicaremos nuestra atención al estudio de aquellos aspectos que afectan al recurso colectivo en sede extrajudicial, intentado señalar cuál serán las perspectivas que recogerá la futura ley de transposición al ordenamiento español. Y ello, ha de hacerse conforme al método inductivo, pues resulta complejo determinar con perspectivas de futuro, cuál será el sentido de la norma española que resulte finalmente aprobada. Si bien es cierto, que en la mayoría de las ocasiones el legislador español se ha limitado a transponer las Directivas de forma casi idéntica a la hora de transponer.

Ha de comenzarse señalando que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros deberán adoptar y publicar su normativa interna, a más tardar, el 25 de diciembre de 2022 y comenzarán a aplicarse dichas disposiciones a partir del 25 de junio de 2023.

Por otra parte, hemos de indicar que la Directiva, finalmente, no extrapola muchas de las iniciativas que señalamos anteriormente respecto a las posiciones del Consejo y del Parlamento Europeo. No obstante, sí parece deducirse que el legislador europeo ha mantenido la posibilidad de que se ejerciten acciones de representación para la adopción de acuerdos colectivos en sede extrajudicial. Acuerdos, a los que podrán llegar las entidades habilitadas que representen al colectivo de consumidores afectados con los empresarios infractores, sin que ello suponga que recaiga sobre la acción colectiva una resolución judicial.

Así pues, vamos a centrar nuestra atención en la posibilidad de que se adopten estos acuerdos colectivos en sede extrajudicial y en las posibilidades que, en su caso, ofrece la Directiva, para aventurarnos a señalar con mucha cautela algunos aspectos: (i) cómo será la adopción de estos acuerdos colectivos en sede extrajudicial (ii) quiénes serán las entidades habilitadas que pueden adoptar los acuerdos o negociar previamente con el empresario infractor, (iii) qué acciones de representación pueden ejercitar dichas entidades (iv) qué efectos tiene el acuerdo para el grupo de consumidores afectados; y, (v) cuáles son los métodos extrajudiciales en España que pueden garantizar una protección eficaz y eficiente de los consumidores y usuarios, teniendo en cuenta que la Directiva no regula ningún mecanismo extrajudicial en concreto para llegar a acuerdos colectivos a través de las acciones de representación.

Y es que, el legislador europeo justifica la adopción de esta Directiva en la necesidad de que en todos los Estados miembros, los consumidores dispongan de al menos un mecanismo procesal eficiente y efectivo de acciones de representación, y que estas acciones pueda tratarse tanto de cesación como de acciones resarcitorias, pues es cierto que ello aumentará la confianza de los consumidores y contribuirá a una competencia más leal y equitativa para los empresarios que ejercitan su actividad profesional en el mercado interior de la Unión Europea.

En efecto, la Directiva permite que haya uno o más mecanismos procesales en los distintos Estados miembros, por lo que cada uno de ellos podrá disponer de un procedimiento distinto, siempre que se garantice la posibilidad de ejercitar las acciones de representación.

En el caso de España, en donde ha habido intensos debates en la doctrina como en la jurisprudencia sobre las deficiencias del sistema judicial construido en materia de acciones colectivas en materia de consumo, ha de señalarse que actualmente sí existen mecanismos procesales que garanticen el ejercicio de acciones de representación.

Donde mayores deficiencias hemos observado es en la adopción de acuerdos colectivos en sede extrajudicial, pues la falta de mecanismos extraprocesales para la adopción de acuerdos extrajudiciales se hace muy complejo cuando la legitimación activa se otorga a una entidad habilitada distinta a los consumidores individualmente considerados, pues nuestro ordenamiento jurídico no prevé actualmente un procedimiento estructurado para el ejercicio de dichas acciones colectivas.

De ahí que, de momento, no dispongamos de los requisitos necesarios para la adopción de acuerdos y mecanismos de control por la autoridad competente para que homologue y de fe de que el acuerdo adoptado es equitativo para las partes, especialmente para los consumidores, dado que en este tipo de acciones se sigue manteniendo la necesidad de protegerlos como la parte débil de la relación de consumo.

Ha de señalarse también que la Directiva no tiene la finalidad de sustituir los mecanismos procesales de carácter nacional ya existentes que protejan los intereses colectivos o individuales de los consumidores, en tanto que ofrece la posibilidad a las

entidades habilitadas que ejerciten las acciones de representación para que escojan otros mecanismos procesales que existan a escala nacional (*ex cdo.* 11)

Una vez precisado que serán las entidades habilitadas quienes ostenten legitimación activa en cada Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación, sea en el ejercicio de la acción de cesación o la prohibición de esa conducta ilícita, así como para el ejercicio de acciones resarcitorias, como la condena a la indemnización a la reparación del daño o a la reducción del precio, procede determinar qué entidades habilitadas podrán ser habilitadas.

Le corresponderá a los Estados miembros la designación de aquellas. Si bien es cierto que la Directiva trata de desincentivar que los Estados miembros designen a entidades habilitadas con carácter *ad hoc*, esto es, entidades habilitadas para el ejercicio de una sola acción colectiva, dejando a salvo la posibilidad de que los Estados designen entidades habilitadas con carácter *ad hoc* para ejercitar una determinada acción de representación cuando sea de carácter nacional. Así pues, estas entidades no tendrán legitimación cuando la acción colectiva sea de carácter transfronterizo.

En cuanto al ámbito de aplicación material, la Directiva goza de un extenso elenco de materias, abarcando varias infracciones del Derecho de la Unión Europea que vienen a recogerse en el Anexo I de la Directiva, en la medida en que dichos instrumentos son los que protegen los derechos e intereses de los consumidores en la Unión Europea<sup>650</sup>. Al tiempo, que se señala que el ámbito subjetivo incluye a los consumidores; de ahí que se haga referencia a ellos con varias denominaciones: usuarios, clientes, inversores minoristas, clientes minoristas, viajeros, titulares de datos, etc.

Como suele ser característico en la regulación de las normas europeas, la Directiva solo incluye a las personas físicas que se hayan visto o puedan verse afectadas por dichas infracciones, dejando libertad a los Estados miembros para que opten o no por incluir a

---

<sup>650</sup> La Directiva 2020/1828 contiene un Anexo I que señala las normas del Derecho de la Unión Europea a las que hace referencia el artículo 2.1, relativo al ámbito de aplicación. Así, su ámbito de aplicación afecta a la Directiva sobre cláusulas abusivas, a la Directiva relativa a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, a la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, al Reglamento por el que se establecen normas comunes de compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos, entre otras.

las personas jurídicas consumidoras<sup>651</sup>. Si aclara la Directiva, en cambio, que las personas físicas que sean consideradas empresarios o profesionales no quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la norma.

Por otra parte, la Directiva, como norma de mínimos que es, deja abierta la posibilidad a los Estados miembros de que al trasponer la Directiva, permitan que las entidades habilitadas ejerciten las acciones de representación tanto en los procedimientos judiciales como en los administrativos o en ambos, dependiendo del ámbito jurídico o económico en cuestión; y ello, debe entenderse sin perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva que deben garantizar los Estados miembros a cada uno de los consumidores. Derecho este reconocido a nivel europeo en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en nuestro texto fundamental, en el artículo 24 de la Constitución Española, que se traduce por lo que deducimos de la Directiva en el derecho de los consumidores y empresarios de recurrir cualquier decisión administrativa en vía judicial (cdo 34).

### **3. MÉTODO INDUCTIVO EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Como hemos hecho referencia, la transposición de la Directiva en España ha de llevarse a cabo a más tardar el 25 de diciembre de 2022. Por ello, y a falta de la futura norma que se transponga a nuestro ordenamiento jurídico, pretendemos señalar qué sucederá cuando llegue este momento. Aventurándonos a señalar qué MASC será el idóneo para alcanzar estos acuerdos y si cabe la posibilidad de que el legislador español prevea las acciones de representación de las entidades habilitadas en sede administrativa; y todo ello, teniendo en cuenta la conclusión a la que hemos llegado tras el estudio previo de la Directiva, que se traduce en la posibilidad de homologar acuerdos colectivos con los consumidores por el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa. Autoridades estas que podrán invitar a la entidad habilitada y al empresario infractor que entablen

---

<sup>651</sup> Como venimos señalando a lo largo de esta investigación, las Directivas suelen ser más restrictivas en el ámbito de aplicación subjetivo, ya que incluye solo en el concepto de consumidor a las personas físicas y no a las jurídicas, sin perjuicio de que, con carácter general, al menos en España, se vienen incluyendo a las personas jurídicas.

negociaciones para alcanzar un acuerdo sobre las soluciones que se ofrecerán a los consumidores afectados por la acción de representación.

Con todo ello, nos aventuramos a señalar que el legislador español optará por dos posibilidades: la primera es que lleve a cabo la transposición de la Directiva sin añadir nada nuevo; la segunda, es que opte por ir más allá de la Directiva, extendiendo la legitimación extraordinaria a otras entidades distintas de las asociaciones de consumidores y usuarios o al grupo de consumidores afectados, para que puedan negociar acuerdos de naturaleza resarcitoria a través del modelo *opt-in* y *opt-out*, ya previsto en otros ordenamientos jurídicos, tanto para los consumidores determinados o de fácil determinación, como para los consumidores indeterminados o de difícil determinación. Modelos estos que permiten adherirse a los consumidores afectados que no hayan sido parte en el acuerdo o desistir de la decisión, para preservar la posibilidad de ejercitar acciones individuales<sup>652</sup>.

Lo cierto es que en España, la posibilidad de ejercitar acciones resarcitorias unidas a la acción de cesación no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya en 2001 se introdujo la posibilidad de acumular estas acciones<sup>653</sup>. No obstante, se viene poniendo de manifiesto que la acumulación de las acciones resarcitorias a la acción de cesación no ha resultado del todo eficiente<sup>654</sup>.

Con todo ello, vamos a centrar nuestra atención en las entidades habilitadas y en el mandato que realizar la Directiva a los Estados miembros de regular la transacción de las acciones de representación a través de los acuerdos de resarcimiento. Acuerdo, que podrá

---

<sup>652</sup> En este sentido, *vid.*, PÉREZ-SENNOBAVA GONZÁLEZ, F.J., “Indefinición de un nuevo modelo de tutela colectiva para los consumidores (Directiva 2020/1828): la vigente *class action* europea”, en *La Ley mercantil*, núm. 81, 2021, que señalaba como principal carencia de la Directiva, la de haber perdido la oportunidad de crear un modelo propio de tutela colectiva que pudiera presentarse confrontado al puro—y homogéneo—modelo americano.

<sup>653</sup> En este sentido, el artículo 12.2 de la ya derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Posteriormente, en 2014, el artículo 53, relativo a las acciones de cesación, y una última modificación en 2021, del mismo artículo 53, que suprime el último párrafo, cuya vigencia será a partir del 1 de enero de 2022.

<sup>654</sup> En este sentido, *vid.*, AGUILERA MORALES, M., (con Díez-Picazo Giménez, Ferreres Comella y Garnica Marín), “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021, que postulan un enfoque horizontal del mecanismo colectivo en nuestro ordenamiento jurídico, extendiéndolo a litigios no incluidos en el marco de aplicación del Anexo I de la Directiva, concretamente a la acción de daños por infracción del Derecho de la Competencia.

derivar de la invitación de los jueces y tribunales para que las partes negocien un acuerdo transaccional de resarcimiento.

Acuerdos que deberán ser homologados expresamente por el juzgado o tribunal, que deberán controlar la validez del acuerdo conforme a las leyes imperativas del derecho nacional, teniendo en cuenta los intereses de las partes y más concretamente, los derechos e intereses de los consumidores y usuarios representados, ofreciendo a los consumidores y usuarios representados la posibilidad de aceptar o rechazar el acuerdo transaccional.

### **3.1. La habilitación de las futuras entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación en España**

#### **3.1.1. Concepto y presupuestos procesales para actuar como entidad habilitada**

Para comenzar a hablar de las acciones de representación, debemos conocer el concepto, los sujetos y los requisitos que deben cumplir las entidades habilitadas, dado que será a ellas a las que se le atribuirá la legitimación extraordinaria para ejercitar la acción de representación en nombre de los consumidores afectados.

En este sentido, la Directiva las define como toda organización u organismo de carácter público que represente los intereses de los consumidores y que haya sido designada como tal por cada Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación de acuerdo con lo que señala la norma (art. 3.4).

Asimismo, la norma europea señala que los Estados miembros deberán velar por que las entidades y, en especial, las organizaciones de consumidores, incluidas las organizaciones de consumidores que representen a miembros de más de un Estado miembro, puedan ser designadas como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación de carácter nacional y transfronterizo, o ambas (*ex art. 4.2*). Ello nos lleva a pensar que en España pueden existir organizaciones de consumidores que ejerciten acciones de representación de carácter nacional, de carácter transfronterizo o ambas, que den cobertura a otros países, como, por ejemplo, a Italia o a Francia.

Por otra parte, aunque la Directiva tiende a desincentivar las entidades habilitadas para ejercitar una determinada acción de representación para un determinado conflicto, nada impide que en España se habilite a determinadas organizaciones de consumidores para ello, previa solicitud a la autoridad competente española y tras cumplir, nos imaginamos, una serie de requisitos que el legislador español deberá de establecer en la norma de transposición.

De la Directiva también deducimos que serán las organizaciones de consumidores que ejerciten acciones de representación de carácter transfronterizo, las que deban solicitar a la autoridad competente su designación como entidad habilitada (art. 4.3). Autoridad a la que se le atribuye la competencia para habilitar a las entidades que cumplan los requisitos de la norma de transposición, así como, en su caso, retirar dicha habilitación.

Cada Estado miembro podrá establecer unos criterios diferentes para las entidades habilitadas que lleven a cabo acciones de representación de carácter transfronterizo. Ello se traduce en que el legislador español dispone de cierto margen de discrecionalidad para que estos criterios se apliquen también a las entidades habilitadas de carácter nacional, sin perjuicio de que deberán cumplirse al menos los requisitos que indica la Directiva.

Requisitos que se señalan en el artículo 4.3 de la norma y se traducen en varias obligaciones para la entidad que pretenda obtener la habilitación:

- En primer lugar, deben cumplir un requisito temporal. Ha de tratarse de una persona jurídica constituida de conformidad con el Derecho español, al tiempo que la misma ha debido desempeñar de forma efectiva y pública una actividad durante 12 meses en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores con carácter previo a su designación;
- En segundo lugar, su estatuto debe demostrar que tiene un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores conforme a las normas europeas que se recogen en el Anexo I, al que hemos hecho referencia anteriormente;
- En tercer lugar, debe tratarse de una entidad sin ánimo de lucro y no debe estar inmersa en un procedimiento de insolvencia ni estar declarada insolvente;
- En cuarto lugar, debe garantizar el principio de independencia. Principio este que se proyecta en una vertiente negativa y otra positiva. La primera se traduce



en que la organización no podrá estar influida por personas distintas de los consumidores, en particular, por empresarios que tengan interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación. La segunda, en cambio, es una independencia frente a terceros, dado que las organizaciones que puedan ser habilitadas han de ser independientes económicamente de terceras personas, esto es, no han de recibir financiación de aquellas. Con este principio se pretende evitar la influencia y los conflictos de intereses frente a la entidad, sus financiadores y los intereses de los consumidores; y,

- Como último requisito, la entidad debe cumplir el requisito de transparencia en su gestión administrativa y económica, es decir, la organización de consumidores debe hacer pública en términos claros y comprensibles, por cualquier medio adecuado (*v.gr.*, un soporte web), la información acreditativa de que la entidad cumple con los requisitos señalados, así como sus fuentes de financiación, su estructura organizativa, su gestión, su finalidad estatutaria y sus actividades.

Asimismo, a la luz de la Directiva, la autoridad competente española podrá designar a organismos públicos para ejercitar acciones de representación, incluyendo a aquellos organismos de naturaleza pública que ya actuaban como entidades habilitadas al amparo de la derogada Directiva 2009/22/CE. Ello significa, que la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición podrá estar legitimada para ejercitar acciones en la vía judicial.

La situación propuesta por la Directiva no es nueva para el ordenamiento jurídico español, pues el artículo 54 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ya atribuye legitimación extraordinaria para ejercitar la acción de cesación a algunas entidades; al Instituto Nacional de Consumo y a las entidades de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, cuando los consumidores sean determinados o de fácil determinación.

De ahí, que estas entidades puedan llevar a cabo dicha acción cuando los empresarios lleven a cabo conductas contrarias a la normativa de consumo, por ejemplo, la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, incluidos los

contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil o la venta a distancia, o la cesación de las conductas contrarias que surjan con los consumidores en la venta de productos y viajes combinados.

Asimismo, entendemos que la norma de trasposición puede incluir en la norma de trasposición, los requisitos que señala la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para las asociaciones de consumidores y usuarios que cumplan los requisitos que señala esta norma o, en su caso, si es de ámbito autonómico, los que señalen la norma autonómica en cuestión, así como el Ministerio Fiscal.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios también permite atribuir la legitimación extraordinaria a otras 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»<sup>655</sup>.

Para los supuestos en los que la legitimación extraordinaria para ejercitar la acción de cesación se fundamente en el resto de las conductas de empresarios que lesionen los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, la legitimación se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ello quiere decir que cuando se trate de un grupo de consumidores o usuarios determinados o de fácil determinación, la legitimación corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o la protección de aquellos y a los propios grupos de consumidores afectados.

Debemos esperar a la trasposición de la Directiva para ver si finalmente se atribuye la legitimación a los grupos de afectados cuando se trate de la defensa de los consumidores determinados o de fácil determinación, pues ha de señalarse que la norma solo hace referencia a las entidades habilitadas.

---

<sup>655</sup> En este sentido, serán los jueces y tribunales los que deban aceptar dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, debiendo examinar la finalidad de la entidad y los intereses afectados legitiman el ejercicio de dicha acción [art. 54 LGDCU, letra *d*), párraf. 2º].

Lo que sí queda claro es que cuando el hecho dañoso afecte a una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación, la legitimación para demandar la defensa de los intereses difusos corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean más representativas<sup>656</sup>.

Por su parte, el Capítulo I de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios señala el régimen jurídico básico que deben de cumplir las asociaciones de consumidores y usuarios. Tanto es así, que el objeto de aquel Capítulo es adoptar, conforme a lo previsto en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación<sup>657</sup>, el régimen básico de todas las asociaciones de consumidores y usuarios, así como el específico de ámbito supraautonómico (*ex art. 22 LGDCU*).

Así pues, son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo de lucro, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones que reúnan los requisitos exigidos por esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, y que tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, sea con carácter general, sea en relación con bienes o servicios determinados

Son asociaciones de consumidores también, las entidades constituidas por consumidores como cooperativas, que respeten los requisitos generales señalados en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y entre cuyos objetivos se encuentre, necesariamente, la educación y formación de sus socios, estando obligadas a constituir un fondo destinado a ello, según su legislación específica (art. 23 LGDCU). Incluyendo a las asociaciones de consumidores y usuarios que se integren en uniones, federaciones o confederaciones y cumplan los requisitos específicos que exige la norma.

---

<sup>656</sup> Tendrán la consideración de asociaciones de consumidores y usuarios 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 (art. 24 LGDCU).

<sup>657</sup> BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2002.

Por otra parte, el Capítulo II de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece la necesidad de que las asociaciones de consumidores sean independientes y transparentes (art. 27). Requisitos estos que más o menos se corresponden con los exigidos por la Directiva para constituirse como entidad habilitada. El cumplimiento de estos principios conlleva una serie de límites para ellas:

- El primero de ellos se traduce en la imposibilidad de incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro;
- El segundo, en la imposibilidad de recibir ayudas económicas de las empresas o del grupo de empresas que suministran bienes o servicios a los consumidores; El tercero, impide que puedan realizar comunicaciones comerciales de bienes y servicios a los consumidores y usuarios;
- El cuarto, en autorizar el uso de su denominación, imagen o cualquier otro signo representativo en la publicidad comercial que realicen los operadores del mercado,
- El quinto impide que se dediquen a otras actividades que no impliquen la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios,
- El sexto, actuar con manifiesta temeridad, así como incumplir cualquiera otra obligación impuesta a las asociaciones de consumidores; y,
- El último límite lleva consigo que la actuación de la asociación de consumidores y usuarios sea acorde al principio de transparencia. En cumplimiento de este deber, la asociación de consumidores y usuarios deberá definir cuál es el marco legítimo de colaboración con los operadores de mercado de los distintos sectores económicos (art. 29), el cumplimiento de los requisitos establecidos en los convenios o acuerdos de colaboración (art. 30), el cumplimiento de depositar las cuentas anuales en el Instituto Nacional de Consumo (art. 31), así como hacer pública toda la información a la que nos hemos referido (art. 32).

### **3.1.2. Legitimación para actuar en sede administrativa**

Muchos son los indicios que nos ha dado la Directiva de que las acciones de representación podrán ejercitarse tanto en sede judicial civil como en administrativa, pues

la norma hace constantes referencias al «*órgano judicial o la autoridad administrativa*». Sin embargo, esta posibilidad tampoco es nueva en el ordenamiento jurídico español.

Por un lado, tal posibilidad está autorizada por el Título V de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que lleva por rúbrica «*Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios*». Este Título V, a su vez, contiene en el Capítulo I las acciones de cesación (art. 53) y la legitimación extraordinaria de las entidades que podrán llevar a cabo dichas acciones.

Pero es que esta legitimación extraordinaria debemos ponerla en correlación con la posibilidad que señala la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado que el artículo 19 de esta ley, atribuye legitimación en el orden contencioso-administrativo a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, así como a las corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos y entidades a los que se refiere el artículo 18<sup>658</sup> que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos [art. 19, letras *a*) y *b*) LJCA].

En efecto, En España no es una novedad que se atribuya la legitimación extraordinaria a una asociación de consumidores y usuarios, a los grupos de afectados o a las entidades habilitadas para actuar en sede administrativa, luego es viable que una entidad habilitada llegue a un acuerdo con el empresario infractor y sea homologado por la autoridad administrativa; de ahí que se pueda prever el control del acuerdo en sede administrativa y, en su caso, en sede contencioso-administrativa cuando el empresario no cese en la infracción, en la conducta ilícita o no cumpla el acuerdo colectivo con los consumidores. Y es que, no podemos olvidar que muchas de las reclamaciones (individuales o colectivas) en materia de consumo son de naturaleza administrativa, por ejemplo, cuando la autoridad competente en materia de consumo inicia un expediente administrativo sancionador contra un empresario, a solicitud de una asociación de consumidores y usuarios que actúa como entidad habilitada.

---

<sup>658</sup> Este artículo se refiere a la capacidad procesal que tienen ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostentan con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, y entidades aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas (art. 18, ap. 2º LJCA).

Y ello lo exponemos, porque la Directiva prevé que el acuerdo alcanzado puede ser rechazado cuando considere que no es equitativo o cuando sea contrario a normas imperativas de Derecho nacional aplicable, por el órgano judicial o por la autoridad administrativa, luego deja abierta la posibilidad de que la futura norma de trasposición contemple la posibilidad de que se adopten acuerdos colectivos en sede administrativa y que aquellos sean controlado por la autoridad administrativa competente.

### **3.1.3. Legitimación para adoptar acuerdos colectivos**

La Directiva señala la posibilidad de que en el marco de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias, las entidades habilitadas puedan celebrar acuerdos colectivos destinados a resarcir a los consumidores y usuarios.

Como hemos señalado en líneas anteriores, es cierto que esta posibilidad no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, pero no se ha establecido ningún procedimiento extrajudicial estructurado para que las entidades habilitadas puedan ejercitar acciones de representación en el seno de un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos; de ahí que pensemos que la futura norma de trasposición sería una buena oportunidad para que se regulara pormenorizadamente un procedimiento extrajudicial colectivo en materia de consumo.

La norma podría incluir que el órgano judicial o la autoridad administrativa pudieran invitar a las entidades habilitadas que entablen negociaciones para llegar a acuerdos colectivos en materia de consumo. Lógicamente, si se produce esta invitación, será porque el proceso judicial ya se ha iniciado, pero entendemos que nada impediría que se dé con carácter previo a la interposición de la demanda, teniendo en cuenta el requisito de procedibilidad que se implantará en España tras la aprobación definitiva del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, y siempre que tal acuerdo sea aprobado por un órgano judicial.

Por todo ello, sería deseable que la futura norma de trasposición al ordenamiento jurídico español regulara al menos un mecanismo procesal o extraprocésal estructurado para que las entidades habilitadas pudieran llegar a dichos acuerdos. Ello sería idóneo para descargar la vía judicial, dado que el Anteproyecto de Ley ha preferido seguir

regulando exclusivamente las acciones individuales de consumo, en tanto deja excluidas las acciones colectivas en esta materia.

Estos acuerdos podrían lograrse a través de la transacción judicial o un acuerdo homologado por el órgano judicial o la autoridad administrativa competente, sea porque la entidad habilitada y el empresario puedan proponer conjuntamente en sede judicial o administrativa un acuerdo de resarcimiento para los consumidores afectados, sea porque aquellos invitan a la entidad habilitada y al empresario a que lleguen a un acuerdo de resarcimiento en un plazo razonable.

El órgano judicial o, en su caso, la Administración competente en materia de consumo serían los encargados de valorar si debe homologarse o no el acuerdo, prestando atención a que aquel no sea contrario a normas imperativas o que incluya condiciones que no puedan cumplirse, teniendo en cuenta los intereses de las partes y, en especial, los de los consumidores afectados, pudiendo denegar el acuerdo por no ser equitativo.

Si el órgano judicial o la autoridad administrativa no homologa el acuerdo, continúa la acción de representación, que en nuestro ordenamiento jurídico se traduce como la continuación normal del proceso o, en su caso, del procedimiento administrativo. Si el órgano judicial homologa el acuerdo, finalizaría el proceso por un acuerdo transaccional logrado en el seno del proceso, que si es ante el juez, la denominaremos “conciliación judicial colectiva”, en tanto que si no interviene el juez, la denominaremos “transacción judicial colectiva”.

Acuerdos colectivos, que si se dieran al margen del proceso o en el seno de un procedimiento administrativo, denominaríamos “transacción colectiva extrajudicial”, o si interviene un tercero, “conciliación colectiva extrajudicial”<sup>659</sup>. En principio, esta posibilidad no está excluida de la Directiva, pero confesamos que nos resulta menos viable que en sede judicial.

En el supuesto de que se tratase de una reclamación administrativa en materia de consumo, por ejemplo, ante una Administración con competencias para sancionar al

---

<sup>659</sup> En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2020, p. 1319.

empresario infractor, también cabría que el procedimiento finalizara por un acuerdo colectivo, dando lugar a la terminación anormal del procedimiento. En este sentido, Aguilera Morales no se muestra conforme de momento a la posibilidad de “administrativizar” las acciones de representación, entendiendo que dichas acciones son de extraña tradición jurídica, que no está arraigada desde la perspectiva constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y que su implantación debería realizarse con reformas estructurales que en legislador español no prevé realizar de momento<sup>660</sup>.

Nos mostramos parcialmente de acuerdo, dado que no vemos obstáculo en que se podrá controlar la validez del acuerdo alcanzado, e incluso, tal control podrá ser impugnado en vía contencioso-administrativo (*ex art. 9.4 LOPJ*); ello en virtud de las competencias atribuidas a las asociaciones de consumidores y usuarios en vía administrativa por la ley General para la Defensa de los Consumidores<sup>661</sup>.

En cuanto a los efectos que despliegan estos acuerdos homologados por la autoridad competente, la Directiva indica que serán vinculantes para la entidad habilitada, para el empresario infractor y para los consumidores individualmente afectados. Si bien, se permite a los Estados miembros establecer mecanismos para que los consumidores individualmente afectados por el acuerdo acepten o rechacen quedar vinculados por los acuerdos alcanzados.

La Directiva no parece decantarse por ningún modelo, ni por el modelo anglosajón *opt-in*, ni por el *opt-out*, dejando libertad a los Estados miembros para decidir cuál de ellos se llevará a cabo en su ordenamiento jurídico interno. El modelo *opt-in* incluye solo al grupo de consumidores que opten expresamente por adherirse a la acción colectiva, en

---

<sup>660</sup> AGUILERA MORALES, M. (con Garnica Martín, Ferreres Comella y Díez-Picazo Giménez), “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78/79, 2021 “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78/79, 2021, pp. 7 y 8.

<sup>661</sup> Algunos países, como Italia, Portugal, Dinamarca, Suecia y Noruega, ya regulan expresamente en sus respectivos ordenamientos jurídicos la transacción para resolver conflictos de carácter colectivo. En el resto de Estados miembros, tampoco se impide que siempre que se den una serie de condicionantes y se adopten ciertos controles, se puedan trasladar las acciones colectivas de representación al ámbito extrajudicial. En este sentido, MONTESINOS GARCÍA, A., “¿Representa la futura Directiva relativa a las acciones de representación una oportunidad perdida para la implantación del arbitraje colectivo?”, en *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2020, p. 46.



cambio, el modelo *opt-out* permite que el grupo de consumidores afectados por la misma infracción (o similar) o hecho dañoso, opten por desvincularse expresamente del acuerdo.

Si bien es cierto que, en todo caso, el modelo al que más se asemeja la Directiva es al *opt out*, dado que permite salvaguardar la acción individual del consumidor que no quiera formar parte del acuerdo, pues el artículo 11.4 indica en otras palabras, que los Estados miembros podrán establecer normas que permitan a los consumidores individuales afectados por la acción de representación, aceptar o rechazar la vinculación al acuerdo al que lleguen las entidades habilitadas y el empresario.

A nuestro juicio, el modelo más idóneo a adoptar en un futuro podría ser el de participación voluntaria o modelo *opt in*, cuya eficacia solo desplegaría efectos sobre los consumidores que hayan aceptado expresa y voluntariamente ser parte de la acción colectiva; y ello, por la difícil determinación de los sujetos que en su caso formen parte del grupo de consumidores afectados, a efectos de ser notificados de la existencia de un arbitraje colectivo, para que puedan aceptar la adhesión a la acción colectiva.

Entendemos la dificultad que entraña implementar un modelo *opt-in*, aunque ciertamente no nos confesamos contrarios a la adopción del modelo *opt-out* en la futura ley de transposición al ordenamiento jurídico español. El modelo *opt-out* permite a los consumidores individualmente afectados rechazar expresamente el acuerdo, por lo que no tendría para ellos eficacia de cosa juzgada, luego estos consumidores individuales podrían iniciar un MASC, un arbitraje o un proceso judicial. Y es que, dada nuestra cultura jurídica, difícilmente se logrará que todos los consumidores afectados se adhieran al acuerdo colectivo; de ahí que la adopción de este modelo podría justificarse cuando nos encontramos ante conflictos de consumo de escasa cuantía en los que la reclamación individual de cada consumidor fuera tan ínfima, que la única vía que resulte eficaz sea la colectiva.

Afirmación que tiene su sentido si se tiene en cuenta que la reclamación individual de cada consumidor podría superar el coste de la cuantía que se pretende reclamar. Y esta situación se agudiza, si tenemos en cuenta que los conflictos de consumo suelen

tener carácter transfronterizo debido al aumento del consumo en línea a través de Internet<sup>662</sup>.

### **3.1.4. Métodos extrajudiciales en materia de consumo en los que podría plantearse la acción colectiva**

Una vez señalada la legitimación y la posibilidad de llegar a acuerdos colectivos en la vía administrativa como en la judicial, debemos plantearnos en qué métodos sería posible que se llegara a un acuerdo colectivo, sin perjuicio de que hemos señalado su viabilidad con carácter previo al inicio del proceso judicial o durante la tramitación del mismo.

Hemos señalado anteriormente que la Directiva no hace referencia a ningún método extrajudicial en concreto, pero nos da algunos indicios del método que puede ser. Quizás, este olvido del legislador europeo es intencionado, dado que en muchos casos la terminología usada para referirse a los distintos métodos extrajudiciales engloba procedimientos distintos que varía según el Estado miembro.

En lo que respecta a España, no tenemos duda de que se refiere a las fórmulas autocompositivas, y más concretamente a la transacción, sea esta extrajudicial o judicial, sin perjuicio de que, si el acuerdo transaccional se alcanza fuera del proceso, las partes deberán pedir su homologación judicial.

Asimismo, no vemos problema para que el acuerdo colectivo sea alcanzado a través de la conciliación judicial, ante el letrado de la Administración de Justicia o ante el Juez de Paz. Sin embargo, el acuerdo colectivo no puede alcanzarse mediante la conciliación notarial, puesto que, de momento, como ya señalamos, están excluidos los contratos de consumo en el procedimiento de reclamación de deudas dinerarias no contradichas.

---

<sup>662</sup> En este sentido, Corominas Bach indica que muchos de los intereses pluriindividuales requieren necesariamente de una tutela colectiva, pues con ello se contrarresta la desproporción de los costes de la reclamación y la acción individual; aunque es cierto que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor que ve frustrada su acción individual por no haber sido previamente notificado, la poca entidad del daño convertiría en insignificante dicha vulneración, especialmente en los casos en los que es tan escasa la cuantía de la reclamación que hace remota la acción individual del consumidor. Cfr., COROMINAS BACH, S., *La legitimación activa de las acciones colectivas*, Tesis Doctoral, *Universitat de Girona*, 2016, p. 139.

En lo que respecta a la mediación de consumo, no parece deducirse de la Directiva que este sea el método extrajudicial idóneo, dado que el acuerdo que derive de una mediación colectiva no es homologado por el juez, sino que aquel deberá elevarse a escritura pública para sea vinculante.

En lo que respecta a la resolución extrajudicial de conflictos en el sector financiero es el procedimiento extrajudicial donde está claro que sí se pueden presentar reclamaciones o quejas colectivas por las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, siempre que resulten afectados los intereses de los mismos y estas entidades estén legalmente habilitadas conforme a los requisitos que señala la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, las entidades que señalen las diferentes legislaciones autonómicas en materia de consumidores y usuarios (art. 3.3 RSR)<sup>663</sup>.

En lo que respecta a la resolución extrajudicial de conflictos en el sector del transporte aéreo, no está contemplado en su normativa, pero entendemos que, con perspectivas de futuro, cabría la posibilidad de que una asociación de consumidores y usuarios interpusiera una acción colectiva de representación ante AESA, dado que la resolución es revisable por el director de AESA, que es un órgano administrativo, así como *a posteriori*, por el juez en sede judicial.

Distinto es el supuesto de que se lleve a cabo una acción de representación a través de las fórmulas heterocompositivas, esto es, a través del arbitraje de consumo colectivo. En este método extrajudicial deberían realizarse profundos cambios para que fuera posible el ejercicio de acciones de representación por los motivos que analizamos en líneas anteriores, cuando analizamos el arbitraje colectivo; de ahí, que tal y como se prevé actualmente su regulación resulta inviable ejercitar acciones colectivas en sede arbitral por varios motivos:

---

<sup>663</sup> Para un mayor abundamiento sobre esta posibilidad, *vid., supra*, el apartado relativo a “La legitimación para formular las quejas y reclamaciones” ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

- En primer lugar, porque no está previsto de momento en nuestro ordenamiento jurídico la intervención judicial ni administrativa de una autoridad u órgano que controle *ex ante* la equidad del laudo colectivo;
- En segundo lugar, el efecto de cosa juzgada que produce el laudo arbitral no permite un control *ex post* por el órgano judicial o autoridad administrativa, salvo por los motivos tasados que señala nuestra Ley de Arbitraje en el artículo 41, a los que ya hicimos referencia anteriormente.  
De hecho, el efecto de cosa juzgada del laudo impediría que el consumidor inicie un arbitraje de consumo individual o un proceso judicial con los mismos hechos, sujetos y *petitum*, dado que el laudo arbitral tiene efectos *inter-partes*, salvo que se prevea expresamente la posibilidad de que los consumidores afectados acepten o rechacen expresamente el laudo colectivo; de otro modo, sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, dado que la participación en el arbitraje debe seguir siendo voluntaria, y no debe desplegar efectos para los consumidores que no han querido formar parte de él.
- En tercer lugar, porque el principio de confidencialidad que debe regir en el arbitraje choca con el principio de publicidad que rige en las acciones colectivas; y,
- En cuarto lugar, porque no está prevista *ex lege* la atribución de legitimación extraordinaria en sede arbitral a las asociaciones de consumidores y usuarios o a las entidades habilitadas;

En efecto, sería necesaria una reforma integral del Sistema Arbitral de Consumo para que una asociación de consumidores y usuarios iniciara una acción de representación en un arbitraje colectivo. Lamentablemente, el legislador europeo tampoco se pronuncia sobre esta posibilidad desde que empezara a tramitarse la aprobación de la Directiva sobre acciones de representación.

Con todo ello, concluimos que esta materia, en principio, va a seguir huérfana de regulación<sup>664</sup>. Ello no quita que, en un futuro, nuestro legislador pueda pronunciarse sobre

---

<sup>664</sup> MONTESINOS GARCÍA, A., “¿Representa la futura Directiva relativa a las acciones relativas a las acciones de representación una oportunidad perdida para la implementación del arbitraje colectivo?”, *op. cit.*, p. 56.

esta posibilidad, habida cuenta de que el arbitraje de consumo colectivo sería una fórmula idónea para ofrecer soluciones eficaces a las reclamaciones de consumo de escasa cuantía.

## **CONCLUSIONES**



1.- *La evolución de las ADR.* Hemos constatado que la preocupación de las instituciones europeas, así como de las instituciones nacionales, por conseguir una protección eficaz de los consumidores y usuarios a través de los métodos alternativos de resolución de conflictos perseguida desde antaño, sigue latente en la actualidad.

En este intento de potenciar estas vías de solución de conflictos, podemos apreciar un cambio en su denominación; de ser conocidas comúnmente como *Alternative Dispute Resolution*” (ADR) u *“Online Dispute Resolution”* (ODR), si la solución del conflicto se lleva a cabo por medios telemáticos, han pasado a identificarse en España con las siglas MASC, haciendo hincapié en que son los Medios Adecuados de Solución de Controversias en contraposición a la Jurisdicción.

2.- *La adaptación del concepto de consumidor o usuario.* Para analizar los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, hemos tenido que analizar el concepto de consumidor o usuario que contiene la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como el que señalan las normas sectoriales que regulan los procedimientos extrajudiciales en materia de consumo. En esta labor, hemos podido constatar que no se trata de un concepto “estático”, sino más bien de un concepto “vivo” y “dinámico” que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, para adaptarse a las necesidades sociales y económicas de la sociedad. Entre otras adaptaciones, se incluye una nueva subcategoría dentro del concepto de consumidor, a la que el artículo 3.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha denominado personas consumidoras vulnerables. Inclusión, que se ha llevado a cabo a través de la Ley 1/2021, de 19 de enero, que a diferencia de la categoría general, incluye solo a las personas físicas que de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades y circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentren territorialmente, sectorialmente o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impida el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condición de igualdad.

En este sentido, hemos podido constatar que las Directivas europeas, al ser normas de mínimos suelen ser más restrictivas, incluyendo dentro de este concepto solo a las personas físicas, en tanto que las normas de transposición al ordenamiento jurídico español son más amplias, e incluyen además de a las personas físicas, a las personas



jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

**3.- El enfoque subjetivista de la Ley de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo.** Al examinar la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, hemos comprobado que esta prevé la solución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo de forma genérica, pero omite cualquier enumeración de las fórmulas o métodos extrajudiciales de resolución de conflictos que están permitidos. Omisión que no es del todo grave, si se tiene en cuenta la pormenorización de dichos métodos en la normativa sectorial correspondiente. Si bien es cierto que no enumera ni conceptualiza los métodos concretos de resolución de conflictos, sí que clasifica los diferentes mecanismos en dos grandes categorías. En primer lugar, trata los métodos con carácter vinculante o no vinculante, dependiendo de la eficacia que cabe dispensar a la solución del conflicto, instrumentada en un laudo arbitral, en una resolución o en un convenio entre las partes, así como dependiendo de la posición que ocupa el tercero.

Y, en segundo lugar, clasifica los métodos en obligatorios o no obligatorios, en atención al tipo de sujeción de las partes al método en cuestión, si se impone o no la participación a las partes en el procedimiento extrajudicial.

Hemos notado que esta clasificación en ocasiones no se muestra tan nítida, dado que habrá supuestos en los que un mismo método de solución de conflictos pueda ser catalogado como obligatorio o no obligatorio, dependiendo de la existencia de una previa declaración de voluntad por ambas partes o por de una de ellas, mediante la cual se somete a tal medio de resolución de conflictos.

Lo que nos ha quedado claro es que esta norma se centra en los principios y requisitos subjetivos que deben cumplir las entidades de resolución alternativa, especialmente las que deseen obtener la acreditación, y que se ha decantado por la solución extrajudicial de carácter voluntario, pues no regula la solución extrajudicial impuesta a ambas partes o a una de ellas. *De facto*, solo se prevé la creación de métodos obligatorios y la creación de entidades especializadas en dos únicos ámbitos de consumo: en el sector financiero y en el sector del transporte aéreo de pasajeros, sin perjuicio de que alguna norma posterior

disponga lo contrario, estableciendo la necesidad de acudir a métodos alternativos de solución de conflictos antes de acudir a la Jurisdicción.

Por ello, hemos considerado pertinente mantener una división clásica de los métodos alternativos de resolución de conflictos, en atención al tipo de intervención de la tercera persona en la resolución del conflicto, distinguiendo los métodos autocompositivos de los heterocompositivos.

Dentro de los métodos autocompositivos hemos incluido los métodos extrajudiciales con o sin intervención de un tercero que no excluyan el planteamiento de la controversia en sede judicial. Los métodos autocompositivos en los que interviene un tercero son los que están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, por cuanto que esta norma incluye a todos los métodos extrajudiciales en los que intervenga una entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo que haya de ser acreditada. Y son: los códigos de conducta publicitarios, la intermediación hipotecaria, la mediación de consumo, la conciliación, ante el notario o registrador; detectando que los conflictos que surjan entre consumidores o usuarios y empresarios o profesionales se excluyen de este método de resolución de conflictos, nos hemos visto en la tesitura de analizar los motivos de su exclusión.

Los métodos autocompositivos en los que no interviene un tercero están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017 [*ex art. 3.2, a*)], dado que esta norma excluye los métodos extrajudiciales en los que no intervenga una entidad de resolución alternativa, sin perjuicio de que la negociación directa queda establecida como presupuesto procedimental para la admisión a trámite de la reclamación ante la entidad. Además de la negociación, se incluyen en esta categoría, la reclamación previa para devolución de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la transacción, las reclamaciones ante el servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente, o cualquier otro método extrajudicial en el que no intervenga un tercero, sea al margen del proceso judicial o una vez iniciado este. Si bien, la trascendencia de algunos de estos métodos nos ha obligado a llevar a cabo su estudio.

En los métodos heterocompositivos hemos incluido solo el arbitraje de consumo, sea individual o colectivo y el arbitraje en materia de seguros, habida cuenta de que es el

único mecanismo que excluye la reclamación del consumidor en sede judicial por estar configurado como un equivalente jurisdiccional que desplaza al proceso judicial.

**4.-** *La actividad comercial previa como requisito procedimental para la admisión a trámite de la reclamación en sede extrajudicial.* Aunque la Ley 7/2017 excluye de su ámbito de aplicación a los métodos autocompositivos de carácter *unidireccional*, dado que excluye expresamente la negociación directa del consumidor con el empresario [art. 3.2 a)], hemos notado que ha cobrado importancia su utilización, dado que la Ley 7/2017, al remitir a las normas que regulan los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, permite que estos establezcan como requisito de admisibilidad de la reclamación, la negociación previa con el empresario o profesional. Ello nos ha llevado al examen de la reclamación previa para la devolución de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, las reclamaciones que presenten los usuarios de los servicios financieros ante el servicio de atención al cliente o, en su caso, ante el defensor del cliente de las entidades de crédito, las reclamaciones de los pasajeros contra las compañías aéreas, así como las transacciones judiciales o extrajudiciales en las que los que no intervenga una entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo.

A pesar de que la implementación de estos mecanismos pueda evitar la judicialización del conflicto, no podemos dejar de mostrarnos inquietos por los posibles efectos dilatorios que puedan suponer en la resolución definitiva del conflicto; de ahí que creemos que deben de seguirse de cerca, observándose las estadísticas de los procedimientos que culminan con éxito sin requerir una ulterior solución por los tribunales; para en el caso de que no culminen con un gran porcentaje de éxito, modificar su actual configuración jurídica.

**5.-** *La coexistencia de entidades acreditadas y no acreditadas en España.* La Ley 7/2017 permite la coexistencia de entidades acreditadas como de las que no lo estén, sin perjuicio de que estas últimas no serán competentes para resolver los conflictos de carácter transfronterizo en materia de consumo, restringiendo su competencia a los conflictos de carácter nacional.

**6.- La competencia de la Sección Séptima del Jurado de la Publicidad.** Hemos podido constatar que el Jurado de la Publicidad es un órgano de naturaleza jurídico-privada creado en el seno de AUTOCONTROL, que tiene atribuida la competencia para conocer los conflictos derivados del incumplimiento de los códigos de conducta en materia publicitaria en España. Este órgano puede actuar en Pleno o por Secciones, correspondiéndole a la Sección Séptima, a la que hemos denominado Sección Especializada, el conocimiento en exclusiva de las reclamaciones que formulen los consumidores a título individual, sin perjuicio de que en ocasiones, un mismo anuncio publicitario pueda dar lugar a dos reclamaciones: una formulada por el consumidor individual y otra, por la entidad, asociación de consumidores y usuarios o por empresarios o profesionales afectados por el mismo anuncio publicitario, en cuyo caso la competencia para conocer de ambas reclamaciones le seguirá correspondiendo a la Sección Especializada, dando lugar a una suerte de acumulación de reclamaciones.

En este supuesto especial, el Jurado de la Publicidad no resolverá solo en función de lo reclamado por el consumidor individual, sino también en razón a las alegaciones realizadas por el otro reclamante, y lo hará por los cauces del procedimiento especial previsto en el Capítulo II del Reglamento de la Publicidad, esto es, por el procedimiento de resolución de las reclamaciones de los consumidores individuales, que es el que se ha redactado conforme a los principios y requisitos que exige la Ley 7/2017; de ahí que concluyamos que el Jurado de la Publicidad es una de las pocas entidades acreditadas para resolver conflictos en materia de consumo que resuelve reclamaciones planteadas tanto por los sujetos con la condición de consumidor, como por otros sujetos que no ostentan tal condición.

**7.- La reclamación previa de las cláusulas suelo como solución para evitar el colapso de la vía judicial.** El Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo ha tenido como objetivo la creación de un mecanismo que dice ser sencillo y voluntario para el consumidor, para facilitar los acuerdos con las entidades financieras con las que tenga suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

El legislador justifica la creación de este mecanismo extrajudicial en la necesidad de dar a los consumidores un instrumento que les permita obtener una respuesta rápida a sus

reclamaciones. Sin embargo, tal y como está regulado, entendemos que ha sido una solución encubierta para evitar la avalancha de demandas judiciales tras la ingente jurisprudencia europea y nacional en la que se señala la abusividad de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. El debate doctrinal y jurisprudencial en torno a este Real Decreto Ley ha tenido como consecuencia que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia deje sin efecto la reclamación previa del Real Decreto Ley 1/2017, que será sustituido por la reclamación que se introduce en el apartado 7 del artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**7-1.-** *El efecto disuasorio sobre los consumidores afectados por la abusividad de las cláusulas suelo.* Para forzar de algún modo al consumidor a acudir a esta reclamación previa que dice ser voluntaria, el Real Decreto Ley 1/2017 introdujo un régimen de condena en costas *ad hoc* que favorecía a las entidades financieras en detrimento del consumidor. Este régimen especial dejaba sin aplicación el régimen general de condena en costas previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil; de ahí que la jurisprudencia en la mayoría de los casos haya dejado sin aplicación el artículo 4 del Real Decreto Ley para seguir aplicando el régimen general previsto en Ley de Enjuiciamiento Civil. Régimen aquel, que finalmente ha sido declarado nulo tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de septiembre de 2021, que ha declarado inconstitucional el artículo 4.2 de esta norma, al tiempo que despeja algunas dudas interpretativas en cuanto al apartado 1º de este mismo artículo.

**7-2.-** *Propuesta de lege ferenda para el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* El apartado 3º del artículo 4 del Real Decreto Ley tampoco está exento de debate, pues remite a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 ha declarado que el apartado 2º de este precepto no se ajusta a la normativa comunitaria, habida cuenta de que debe ser criterio suficiente para los órganos judiciales haber declarado la abusividad del clausulado de una condición general de la contratación, para imponer la totalidad de las costas a las entidades crediticias. Este es el sentido que han seguido la mayoría de los pronunciamientos de nuestros órganos judiciales tras aquella sentencia.

De ahí que, *de lege ferenda*, sería deseable otorgar la siguiente redacción al artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «*Si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada uno abonará las costas causas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad o mala fe. Se entenderá que existe mala fe por parte del demandado en aquellos supuestos en los que, reclamado en vía extrajudicial, se estimasen sustancialmente las pretensiones de la demanda en sede judicial*».

**7-3.- Propuesta de lege ferenda para que la reclamación de las cláusulas suelo pueda llevarse a cabo a través de los cauces de la negociación asistida (intermediación hipotecaria), a través del procedimiento previsto para la presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España o, en su caso, por la Autoridad Administrativa Independiente del Cliente Financiero que se cree.** Y es que, el Real Decreto Ley 1/2017 ha optado por establecer que la reclamación de las cláusulas suelo se lleve a cabo a través de una subespecie de negociación especial sin la intervención de un tercero.

Habida cuenta de la desprotección del consumidor en esta negociación, debido a la ausencia de un tercero que lo asesore o lo guíe en el procedimiento a seguir, sería deseable que esta reclamación pudiera llevarse a cabo a través de cualquier cauce que garantice la intervención de un tercero imparcial, como es el intermediador hipotecario, siendo conscientes de que coincide el ámbito subjetivo (consumidor/deudor hipotecario y entidad financiera) y de que sería un método idóneo para que el intermediador equilibrase las posiciones de las partes, pues qué mejor método que acudir a un mecanismo ya establecido en el seno de la Juntas Arbitrales de Consumo que garantiza la intervención de un tercero imparcial, que informa al consumidor de sus derechos. Sin este tercero, no es de extrañar que el consumidor acepte el “acuerdo” ofrecido por la entidad financiera, ante el desconocimiento y el temor de no ver satisfecho su derecho en vía judicial.

O, en su caso, se podría optar por que estas reclamaciones se llevaran a cabo a través del procedimiento previsto para la presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, regulado en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, dado que es precisamente el procedimiento previsto para las reclamaciones y quejas formuladas por los usuarios de los servicios financieros frente a las entidades

financieras, o bien, por el procedimiento que se siga ante la Autoridad Administrativa Independiente del Cliente Financiero que se cree. De hecho, estas autoridades tienen atribuidas las funciones de control y supervisión de las entidades financieras, por lo que sería idónea su intervención para controlar el cumplimiento de las normas del sistema financiero, con especial incidencia en la protección al cliente.

**8.-** *La naturaleza jurídica sui generis de la intermediación hipotecaria.* Tras analizar la intermediación hipotecaria, hemos podido constatar que es una negociación asistida de naturaleza *sui generis* que se desarrolla normalmente en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo. De tal modo que en algunas comunidades autónomas parece que es un método autónomo e independiente, pero en otras, se asemeja sustancialmente a una modalidad especial de la mediación de consumo, aun siendo un método de resolución de conflictos más restrictivo y especial.

**8-1.-** *Ámbito subjetivo de la intermediación hipotecaria.* Siendo la mediación de consumo un método de resolución de conflictos trasladable a cualquier relación de consumo (contratos, servicios, publicidad, etc.), la intermediación hipotecaria se diferencia de aquella por su ámbito de actuación, pues está prevista para un ámbito concreto de resolución de conflictos, los que derivan de los contratos hipotecarios, y dentro de estos, los conflictos que derivan de la falta de pago por el deudor hipotecario.

**8-2.-** *Carácter bidireccional de la mediación de consumo frente al carácter unidireccional de la intermediación hipotecaria.* La mediación de consumo, en teoría, puede solicitarse tanto a instancia del empresario, cuando se ha solicitado un arbitraje de consumo por parte del consumidor y aquel pide el intento de mediación, como a instancia del propio consumidor, en tanto que la intermediación hipotecaria se desencadenará siempre a instancia del deudor hipotecario.

**8-3.-** *Vinculación de las entidades financieras al Código de Buenas Prácticas y soluciones estandarizadas en la intermediación hipotecaria.* Al contrario que sucede con la mediación de consumo, en la que las posibles soluciones no vienen estandarizadas, en la intermediación hipotecaria, si el deudor está incluido en el umbral de exclusión y la entidad crediticia está adherida al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria, el banco o entidad financiera estará obligada

a ofrecer al deudor, al menos, las soluciones que se proyectan en el Código, sin perjuicio de que el principio dispositivo permita a las partes adoptar otras medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria.

**8-4.-** *Efectos de la intermediación hipotecaria en los procesos de ejecución ya iniciados.* La intermediación hipotecaria persigue el acuerdo de las partes para evitar la pérdida de la única vivienda del deudor hipotecario. Sin embargo, la iniciación de este procedimiento no suspende *per se* el proceso de ejecución hipotecaria.

En este sentido, entendemos que cabe la suspensión de la ejecución hipotecaria por acuerdo de las partes personadas en la ejecución (*ex art. 565 LEC*), en tanto se desarrolla la ejecución, entendiéndose que hay acuerdo tácito entre las partes, por la previa adhesión de la entidad acreedora al Código de Buenas Prácticas.

En el supuesto de desarrollarse el proceso de ejecución y de no haberse logrado la reestructuración de la deuda, el deudor ejecutado podrá solicitar la suspensión del lanzamiento (*art. 675 LEC en relación con el art. 1 LPDH*) que, de ser acordada por auto del tribunal ejecutor, afectará al lanzamiento en el proceso de ejecución judicial o extrajudicial, así como a las eventuales acciones de desahucio que por precario pudieran interponer los terceros adquirentes.

**8-5.-** *Propuesta de lege ferenda de una norma estatal que unifique los parámetros básicos de la negociación asistida y de la intermediación hipotecaria.* Para resolver el debate dialéctico sobre la naturaleza jurídica de la intermediación hipotecaria, se ha de conocer que no existe un estatuto jurídico común que regule esta institución en todo el territorio nacional. Ello hace posible que algunas comunidades autónomas apliquen la normativa relativa a la mediación de consumo, considerándola una modalidad especial de la mediación de consumo, mientras que otras la regulan como una institución autónoma e independiente.

*De lege ferenda*, sería deseable que una norma estatal regulara los caracteres generales de la negociación asistida, así como los de la intermediación hipotecaria; aunque su desarrollo se recogiera en las distintas normativas autonómicas de consumo, como ya se



viene haciendo, habida cuenta de que esta modalidad extrajudicial es muy dispersa y confusa en las distintas normativas.

**9.- *La mediación privada en asuntos de consumo.*** Tras analizar la Ley 7/2017, hemos podido constatar que cabe acudir a un servicio de mediación privada en asuntos de consumo. Y ello, en virtud de la Disposición adicional séptima de Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que suprimió la letra *d*) del artículo 2.2 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, por la que se excluía la mediación en asuntos de consumo; de ahí que la única mediación operativa hasta entonces fuera la mediación desarrollada en el seno del arbitraje de consumo.

Esta exclusión inicial se debía al elevado número de normas imperativas que disciplinan las relaciones de consumo. De hecho, esta es la pauta general seguida por la normativa europea y española, dado que tienden a separar la solución de controversias surgidas en materia civil y mercantil de la solución de controversias en materia de consumo.

**9-1.- *La mediación de consumo como trámite procedimental del arbitraje de consumo.*** El Real Decreto 231/2008 por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo trata de forma sucinta la mediación de consumo, en tanto que se contempla como un trámite procedimental del arbitraje de consumo que, de ser aceptada por las partes, dará lugar a la suspensión del procedimiento arbitral durante la sustanciación de la mediación.

**9-2.- *La atribución de competencias de la mediación en materia de consumo a las comunidades autónomas.*** La escasa regulación de la mediación de consumo en el Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo nos obliga a remitirnos a la regulación general de la mediación en cuanto a su tramitación y eficacia, esto es, a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Esta regulación no agota la regulación de la mediación, habida cuenta de que algunas comunidades autónomas han regulado la mediación en materia de consumo.

**10.- *Necesaria reforma de los mecanismos extrajudiciales existentes para luchar contra la pobreza energética.*** El Plan de Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética (2019-2024) prohíbe el corte del suministro a los consumidores en riesgo de exclusión social e incluye el reconocimiento para aquellos del bono social, teniendo derecho a

ambas prestaciones, los hogares en los que en la unidad familiar haya un menor de 16 años o una persona con discapacidad igual o superior al 33% o con una dependencia de grado II o III.

En cumplimiento de ello, el Plan de Estrategia prevé la reforma de los mecanismos extrajudiciales existentes para la lucha contra la pobreza energética, si no se mostrasen eficientes. Si bien, es cierto que no señala nada sobre tales procedimientos extrajudiciales. En ausencia de regulación, podría tenerse en cuenta que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) u otros organismos llevan a cabo funciones mediadoras y arbitrales, pudiendo recurrirse a estos, habida cuenta de los escasos métodos extrajudiciales de los que disponemos en este sector concreto de consumo.

De ahí que concluyamos, que sería deseable una futura orden ministerial que estableciera un procedimiento similar al de la negociación asistida, a modo de lo que se ha llevado a cabo para evitar el lanzamiento de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios.

**11.- Las conciliaciones institucionalizadas y la nueva conciliación privada.** El ordenamiento jurídico español distingue cuatro tipos de conciliaciones institucionalizadas. La conciliación judicial, que se lleva a cabo en el seno de la Administración de Justicia, ante el Juez de Paz o el letrado de la Administración de Justicia, y cuyo régimen jurídico se desarrolla en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Ley esta que introduce también dos conciliaciones extrajudiciales, es decir, aquellas conciliaciones llevadas a cabo ante el notario o el registrador. Si bien, esta norma no agota la regulación en materia de conciliación, dado que se remite a la Ley del Notariado y a la Ley Hipotecaria respectivamente, para la regulación de la conciliación notarial y registral.

Por otra parte, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia introduce la conciliación privada (arts. 12 y 13). Hasta el momento, no existe un precepto dedicado a esta institución que permitiera llevar a cabo conciliaciones en el ámbito extrajudicial por personas físicas o jurídicas privadas distintas de las autoridades señaladas.

**11-1.-** *La exclusión de la conciliación judicial del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017.* Tras analizar la conciliación judicial regulada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, llevada a cabo ante el Juez de Paz o, en su caso, ante el letrado de la Administración de Justicia, hemos podido concluir que queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, sin perjuicio de los acuerdos a los que pueda llegar el consumidor con el empresario ante el órgano judicial competente, para evitar el proceso o poner fin al ya iniciado.

**11-2.-** *La exclusión de la conciliación notarial en materia de consumo.* Al analizar el expediente de reclamación de deudas dinerarias no contradichas, hemos constatado que las deudas que se funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario no podrán ser reclamadas por esta vía [art. 70.1, a) LN].

Algo que nos ha sorprendido, habida cuenta de la idoneidad de este método extrajudicial, para la reclamación de deudas dinerarias líquidas, determinadas, vencidas, exigibles y acreditadas documentalmente. Así pues, sería deseable que, *de lege ferenda*, se suprimiera el artículo 70.1, letra a), para ofrecer a los consumidores o usuarios una alternativa efectiva para resolver los conflictos con los empresarios o profesionales. En este aspecto, recogemos la autorizada opinión de Banacluche Palao, Presidente de la Sección Especial a la que se encomendó la elaboración de un texto que pudiera dar lugar a un Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que manifestó el desconocimiento de las razones de esa limitación, que quizás hubiera podido relacionarse con las luchas de poder y las rivalidades y celos corporativos, que constituye una “exigencia tan absurda” que se puede entender que la reclamación sí procede cuando se basa en la prestación de un servicio sin que exista un contrato clausulado previo, por ejemplo, cuando un pintor a quien no le han pagado sus servicios quiere reclamar el pago. Además de que, como ha señalado parte del notariado, plantea dificultades en el momento de su aplicación práctica, comenzando por la propia dificultad de determinar cuándo el deudor tiene el carácter de consumidor o no.

**11-3.-** *El expediente de venta extrajudicial hipotecaria.* La Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al modificar la Ley Hipotecaria, introdujo una fórmula extrajudicial para que los deudores hipotecarios puedan zanjar la deuda hipotecaria a través del expediente de venta extrajudicial y, en su caso, puedan evitar el proceso de ejecución o poner fin al ya iniciado por las entidades acreedoras en virtud del impago de las cuotas hipotecarias.

Ciertamente, hemos concluido que este procedimiento es aplicable a las relaciones de consumo. Si bien, presenta una peculiaridad muy especial respecto al resto de procedimientos extrajudiciales en materia de consumo, habida cuenta de que hay una “inversión” de las alternativas a favor del acreedor en detrimento del consumidor, toda vez que es a este a quien se le conceden las vías para hacer efectivo su derecho de crédito extrajudicialmente; entre ellas se encuentra la posibilidad de subastar el bien gravado a través de este procedimiento extrajudicial llevado a cabo ante el notario.

**11-4.-** *La conciliación privada como actividad negocial previa para la acreditación del requisito de procedibilidad.* El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia regula por primera la conciliación como un MASC al que las partes pueden acudir para llevar a cabo la actividad negocial previa a la vía judicial. Tras analizar el Anteproyecto, hemos de concluir que la regulación de esta conciliación es escueta e insuficiente.

Entendemos que esta conciliación privada podrá llevarse a cabo por personas físicas o jurídicas privadas. En cuanto a las personas físicas, podrán tratarse de sujetos que estén inscritos y en activo en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, u otro colegio profesional que esté reconocido legalmente, incluyendo a los sujetos que se encuentren inscritos en los correspondientes registros de mediadores debidamente homologados para garantizar su formación; en cuanto a las personas jurídicas, podrán ser las sociedades profesionales cuyo objeto social consista expresamente en la prestación de servicios jurídicos de defensa y representación, sin perjuicio de que puedan prestar estos servicios simultáneamente con otros, salvo que la norma indique que son incompatibles. Asimismo, deberán cumplir los requisitos señalados en la Ley de Sociedades Profesionales en lo que dicta en cuanto a su composición, así como cumplir con la obligación de estar inscritas en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional al que correspondan.

**12.-** *La acumulación de reclamaciones en el arbitraje colectivo.* Analizado el arbitraje de consumo, y dentro de este el arbitraje de consumo colectivo, hemos concluido que en él no se ejercitan verdaderas acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. En primer término, porque no es trasladable el régimen jurídico que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil para las

acciones colectivas en sede judicial, habida cuenta de que en sede arbitral, lo que se ejercita son varias acciones individuales contra un mismo empresario; de suerte que nos encontramos ante una acumulación de acciones o suma de procedimientos que se tramitan en un único procedimiento arbitral para resolverse ante la misma Junta Arbitral de Consumo, que impondrá una solución unificada para el conjunto de consumidores afectados por un interés plural.

Y, en segundo lugar, porque la intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios que indica el Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, no constituye un supuesto de legitimación extraordinaria conforme a lo señalado en la Ley de Enjuiciamiento Civil; de ahí, que su función representativa consista en poner en conocimiento de la Junta Arbitral de Consumo competente la afectación de los intereses colectivos de los consumidores.

**13.-** *La confluencia del ejercicio de la potestad sancionadora con la función de algunas entidades de resolución alternativa de naturaleza pública.* La Ley 7/2017 permite la coexistencia de entidades de naturaleza pública y privada. En muchas ocasiones, las entidades de naturaleza pública, además de tener atribuida la función de entidad de resolución alternativa, tiene atribuidas las funciones de control y supervisión de un sector económico determinado. Ello ha llevado a que muchas normas sean confusas en materia de consumo.

En el ejercicio de sus funciones como entidad de resolución alternativa no ejercen como un órgano administrativo, sino como una entidad que lleva a cabo fórmulas autocompositivas, que dependiendo del sector tiene efectos vinculantes o no vinculantes para las partes. De hecho, los efectos que se le atribuyen a la resolución que dictan no son los propios de los actos administrativos, ni su impugnación corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino al orden jurisdiccional civil.

En cambio, en el ejercicio de sus funciones de control y supervisión, sí ejercen como un órgano administrativo, dado que se les atribuye la competencia por ley para iniciar un procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento del empresario o profesional; de ahí, que la impugnación de la propuesta de sanción sí tenga la

consideración de un acto administrativo y quepa su impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Lo que exponemos acontece en el sector financiero, cuando los usuarios de los servicios financieros presentan una reclamación ante el servicio de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; y, en el sector del transporte aéreo, cuando los pasajeros presentan las reclamaciones contra las compañías aéreas (entre otros). Sectores en los que estos entes públicos actúan con un doble rol: como entidad extrajudicial de resolución de conflictos, del cliente, pasajero, tomador del seguro, frente al banco, compañía de seguros, etc.; y, como entidad de supervisión del sector en cuestión. Ello permite que la resolución de la reclamación del consumidor que dicten esté a caballo entre lo público y privado, asemejándose la tramitación al procedimiento administrativo. De ahí, que a estos procedimientos de resolución de conflictos los hayamos denominado “procedimientos *seudo-administrativos* en materia de consumo”.

**14.-** *El incumplimiento en el sector financiero de la creación de una entidad especializada.* La Ley 7/2017 señaló la obligación de que en el sector financiero fuera acreditada y notificada una entidad única en el plazo de ocho meses, que resolviera las reclamaciones que presentaran los usuarios de los servicios financieros frente a las entidades crediticias, las entidades que actúen en el mercado de valores o las compañías de seguros, sin perjuicio de que otras entidades acreditadas que dieran cobertura a otros sectores económicos pudieran dar cobertura a estas reclamaciones, siempre que las partes se sometieran voluntariamente a estos procedimientos. Mandato que hasta la fecha no se ha cumplido, aunque existe un borrador de ley que el Gobierno ha anunciado que pretende retomar.

Mientras tanto, se señalaba que los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones continuarán resolviendo las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros en sus respectivos ámbitos de actuación, debiendo adaptar su funcionamiento a lo previsto en la Ley 7/2017. Tras analizar el funcionamiento de estos servicios de reclamaciones, hemos concluido que, lamentablemente, esta premisa no se

ha cumplido, pues hemos constatado que no ha habido modificación de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2017.

**15.-** *La falta de acreditación de AESA como entidad especializada del sector aeroportuario.* AESA es la entidad especializada que ya estaba en funcionamiento con mayor o menor éxito antes de la Ley 7/2017, para resolver las reclamaciones de los pasajeros aéreos; de ahí que el legislador español optase por no crear *ex novo* una entidad, como sucede en otros sectores, sino que prefirió que aquella adaptase su funcionamiento a los requisitos subjetivos exigidos en su articulado. Quizás, este ha sido el motivo por el que no llegó a aprobarse el proyecto de Orden Ministerial de 2018, dado que permitía su aplicación a partir del reconocimiento de AESA como entidad acreditada y, quizás, los cambios que exige su acreditación sean más complejos de lo que podemos aventurarnos a pensar.

**15-1.-** *La desigualdad de trato en los efectos del procedimiento ante AESA en función del sujeto reclamado.* Tras analizar el proyecto de Orden Ministerial y las modificaciones de la Ley 7/2017, hemos constatado que la normativa que regula las reclamaciones en el sector del transporte aéreo mantiene sus notas esenciales. Se establece un procedimiento extrajudicial de participación voluntaria y resultado no vinculante para los pasajeros y los gestores aeroportuarios, en tanto que es de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas. A nuestro juicio, la desigualdad de trato de los pasajeros frente a las compañías aéreas encuentra su justificación en la función tuitiva que confieren las disposiciones básicas y sus normas sectoriales a los consumidores o usuarios.

Sin embargo, no encontramos justificación razonable a la desigualdad de trato entre las compañías aéreas y los gestores aeroportuarios, teniendo en cuenta que ambos son siempre la parte reclamada.

**15-2.-** *La modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la que se traspa la competencia para conocer de las quejas y reclamaciones en el sector del transporte aéreo de los Juzgados de lo Mercantil a los Juzgados de Primera Instancia.* La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19, al modificar la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, atribuyó inicialmente la competencia para la impugnación de las decisiones de AESA a los

Juzgados de lo Mercantil, sin perjuicio de las acciones civiles que pudiera adoptar el pasajero. Sin embargo, el proyecto de Ley Orgánica de 14 de enero de 2022, para la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial al realizar una modificación de esta competencia, excluye expresamente de su conocimiento las materias previstas en el Reglamento 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, atribuyendo esta competencia a los Juzgados de Primera Instancia.

Ello nos lleva a concluir el acierto de la modificación proyectada, pues sin lugar a duda, contribuirá a conseguir celeridad y eficiencia procesal, dada la carga de los Juzgados de lo Mercantil tras la avalancha de demandas presentadas en vía judicial a causa de la cancelación masiva de vuelos en el estado de alarma.

**16.-** *Los presupuestos para que la autoridad administrativa competente inicie un expediente administrativo sancionador.* Las autoridades administrativas serán competentes para iniciar un expediente administrativo sancionador, de oficio, a petición del que adquiera la condición de denunciante, o bien de la entidad habilitada, cuando la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, la normativa autonómica o la norma especial que lo regule, establezca que la infracción cometida por el empresario o profesional constituye una infracción en materia de consumo (principio de tipicidad), así como señale la graduación de la sanción a imponer y cuando esa misma autoridad tenga atribuida por ley la competencia para sancionar.

**17.-** *La actividad negocial como requisito procedimental para la admisión a trámite de la demanda en sede judicial.* El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia viene a dar un vuelco inesperado a la voluntariedad que se predicaba de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. Sin embargo, entendemos que la obligatoriedad de acudir a ellos debería hacerse de forma progresiva, habida cuenta que en un periodo muy corto de plazo pasarán de ser en mayor medida voluntarios a imponerse sin paliativos. Aunque, afortunadamente, en materia de consumo, el requisito de procedibilidad se cumplirá, si se acude a cualquier método extrajudicial de resolución de conflictos admitidos en virtud de lo señalado por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, incluida la simple reclamación directa.



**17-1.-** *La controvertida atribución de eficacia de cosa juzgada a la resolución del conflicto a través de los MASC.* Aunque el Anteproyecto atribuye fuerza de cosa juzgada a los MASC, tras analizar la investigación de estos instrumentos, hemos podido concluir que los acuerdos logrados en su seno no pueden tener tal eficacia, sino un valor netamente contractual, esto es, no puede atribuírsele el valor propio de un pronunciamiento jurisprudencial firme, dado que contrato y sentencia son realidades jurídicas que no deberían confundirse.

**17-2.-** *La subsanación del vicio de procedibilidad.* El Anteproyecto no señala nada sobre la subsanación del vicio de procedibilidad cuando las partes no acrediten el intento de la actividad negociadora a los efectos de que sea admitida a trámite la demanda; siendo este vacío legal, a nuestro juicio, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, proponemos una vía para su subsanación.

En defecto de precepto que regule la subsanación del intento de la actividad negocial previa o su falta de acreditación como documento que acompañe a la demanda, *de lege ferenda*, podría tenerse en cuenta lo que señala el artículo 81.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

**18.-** *Posibilidad de que las entidades habilitadas lleguen a acuerdos colectivos con los empresarios o profesionales.* La Directiva 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores deja abierta la posibilidad a los Estados miembros de que las entidades habilitadas al efecto adopten acuerdos colectivos con los empresarios o profesionales.

Haciendo uso del método inductivo, concluimos que en el ordenamiento español seguramente se podrán adoptar acuerdos colectivos por las entidades habilitadas, tanto en vía extrajudicial como en la administrativa o judicial. Entendemos que la adopción de estos acuerdos colectivos podrá adoptarse al margen del proceso o una vez iniciado este, siendo los métodos autocompositivos los más idóneos para ello.

## **CONCLUSIONI**



1.-*L'evoluzione delle ADR.* Abbiamo constatato che la preoccupazione tanto delle istituzioni europee, quanto delle istituzioni nazionali, per ottenere una protezione efficace dei consumatori e degli utenti attraverso i metodi alternativi di risoluzione delle controversie perseguite da tempo, continuano ad essere latenti ancora adesso.

Con l'intenzione di promuovere queste vie di soluzione alle controversie, possiamo apprezzare un cambiamento nella loro denominazione; da essere conosciute comunemente come *Alternative Dispute Resolution* (ADR) o, *Online Dispute Resolution* (ODR), se la soluzione del conflitto si esegue per via telematica, in Spagna si identifica con la sigla MASC, insistendo che sono i Mezzi Adeguati di Soluzione alle Controversie in contrapposizione alla Giurisdizione.

2.- *L'adattamento del concetto di consumatore o utente.* Per analizzare i metodi extragiudiziali della risoluzione dei conflitti, abbiamo dovuto analizzare il concetto di consumatore o utente contenuto nella Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti, così come quello che segnalano le norme settoriali che regolano i procedimenti extragiudiziali in materia di consumo. In questo lavoro, abbiamo potuto constatare che non si tratta di un concetto "statico" ma piuttosto di un concetto "vivo" e "dinamico" che si è evoluto nel tempo, per adattarsi alle necessità sociali ed economiche della società. Tra gli altri adattamenti, si include una nuova sottocategoria all'interno del concetto di consumatore, al quale l'articolo 3.2 della Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti, ha denominato consumatori vulnerabili. Tale inclusione si è eseguita attraverso la legge 1/2021, del 19 gennaio, che a differenza della categoria generale, include solo persone fisiche che, di forma individuale o collettiva delle loro caratteristiche, necessità e circostanze personali, economiche, educative o sociali si trovano territorialmente, settorialmente o temporaneamente in una speciale situazione di subordinazione, vulnerabilità o mancanza che impedisce loro l'esercizio del diritto in quanto consumatori in condizione di uguaglianza.

In questo senso, abbiamo potuto constatare che le Direttive europee, essendo norme minime, sono solite essere più restrittive, includendo all'interno di questo concetto solo le persone fisiche, mentre le norme dell'ordinamento giuridico spagnolo sono più ampie, e includono oltre alle persone fisiche, le persone giuridiche e le entità senza personalità

giuridica che agiscono senza scopo di lucro in un ambito fuori della loro attività commerciale o imprenditoriale.

**3.–** *L'approccio soggettivista della Legge di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo.* Esaminando la Legge 7/2017 del 2 novembre, abbiamo comprovato che quest'ultima prevede la soluzione extragiudiziale dei conflitti in materia di consumo di forma generica, però omette qualsiasi enumerazione delle formule o metodi extragiudiziali di risoluzione di conflitti che sono permessi. Tale omissione non è del tutto grave, se si tiene in conto il dettaglio di tali metodi nel regolamento settoriale corrispondente. Benché sia vero che non enumera né tantomeno concettualizza i metodi concreti di risoluzione delle controversie, classifica però i differenti meccanismi in due grandi categorie. In primo luogo, tratta i metodi con carattere vincolante o non vincolante. Dipendendo dall'efficacia che bisogna dispensare alla soluzione della controversia, condotta in un lodo arbitrale, in una risoluzione o accordo tra le parti, in base anche dalla posizione occupata dal un soggetto terzo.

In secondo luogo, classifica i metodi in obbligatori o non obbligatori, a seconda che le parti siano soggette o meno al metodo in questione, e se si imponga o meno la partecipazione di queste nella procedura extragiudiziale.

Abbiamo notato che questa classificazione in alcune occasioni non si mostra tanto netta, dato che ci saranno casi in cui uno stesso metodo di soluzione dei conflitti possa essere catalogato come obbligatorio o non obbligatorio, dipendendo dall'esistenza di una dichiarazione preventiva di volontà da entrambe le parti o da una di esse, mediante la quale si sottopone come risoluzione delle controversie.

La cosa che ci è chiara è che tale norma si concentra sui principi e requisiti soggettivi che gli organismi ADR devono compiere, specialmente quelle che desiderano ottenere l'accreditamento e che, hanno patteggiato per la soluzione extragiudiziale volontaria, poiché non regola la soluzione extragiudiziale imposta a entrambe o una delle parti.

*De facto*, al momento si prevede solo la creazione di metodi obbligatori e la creazione di enti specializzati in due unici ambiti di consumo: nel settore finanziario e nel trasporto aereo dei passeggeri, fermo restando che qualche normativa successiva preveda il

contrario, stabilendo così la necessità di ricorrere a metodi alternativi di soluzione dei conflitti prima di ricorrere alla Giurisdizione.

Per questo motivo abbiamo considerato pertinente mantenere una divisione classica dei metodi alternativi di risoluzione di conflitti, con attenzione al tipo di interventi di terze persone nella risoluzione di conflitti, distinguendo i metodi auto-compositivi dagli etero-compositivi.

All'interno dei metodi auto-compositivi, abbiamo incluso i metodi extragiudiziali con o senza interventi di una terza parte che non escludono di portare il contenzioso in tribunale. I metodi auto-compositivi nei quali interviene una terza parte sono quelli inclusi nell'ambito dell'applicazione della legge 7/2017, per quanto questa normativa includa tutti i metodi extragiudiziali nei quali interviene un ente accreditato di risoluzione alternativa del conflitto in materia di consumo. Questi sono: i codici di condotta pubblicitaria, l'intermediazione ipotecaria, la mediazione del consumatore, la conciliazione, davanti il notaio o cancelliere, rilevando che i conflitti che nascono tra consumatori o utenti e imprenditori o professionisti, si escludono da questo metodo di risoluzione del conflitto, ci siamo visti nella posizione di analizzare i motivi della loro esclusione.

I metodi auto-compositivi nei quali non interviene un soggetto terzo, sono esclusi dall'ambito dell'applicazione della legge 7/2017 [*ex art. 3.2, a)*], dato che tale norma esclude i metodi extragiudiziali nei quali non intervenga un organismo ADR, benché la negoziazione diretta rimane stabilita come presupposto procedurale per l'ammissibilità della reclamo davanti l'organismo. Oltre alla negoziazione, si includono in questa categoria, il reclamo preventivo per la devoluzione delle clausole floor inserite nei contratti di mutuo ipotecario, la transazione, il reclamo al servizio di attenzione ai clienti o, eventualmente, al difensore civico dei clienti, o qualsiasi altro metodo extragiudiziale nel quale non intervenga il soggetto terzo, sia esso al margine del processo giudiziale o una volta esso iniziato. Nondimeno, l'importanza di alcuni di questi metodi ci ha obbligati a studiarli.

Nei metodi etero-compositivi, abbiamo incluso solo l'arbitrato di consumo, individuale o collettivo, e l'arbitrato assicurativo, tenuto conto che è l'unico meccanismo che esclude le

richieste dei consumatori in tribunale, in quanto si configura come un equivalente giurisdizionale che sostituisce il processo giudiziario.

**4.** - *L'attività negoziale preventiva come requisito procedurale per l'ammissibilità delle rivendicazioni extragiudiziali.* Sebbene la legge 7/2017 escluda dal suo ambito di applicazione i metodi auto-compositivi di natura *unidirezionale*, dato che esclude espressamente la negoziazione diretta del consumatore con l'imprenditore [art. 3.2 a)], abbiamo notato che il loro utilizzo ha acquisito importanza, dato che la legge 7/2017, rinviando alle norme che regolano le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, consente a queste di stabilire la previa negoziazione con il professionista o il commerciante come requisito di ammissibilità del reclamo. Questo ci ha portato ad esaminare la richiesta preventiva di restituzione delle clausole floor inserite nei contratti di mutuo ipotecario, i reclami presentati dagli utenti di servizi finanziari al servizio clienti o, eventualmente, al mediatore degli istituti di credito, i reclami dei passeggeri contro le compagnie aeree, così come le transazioni giudiziarie o extragiudiziarie in cui un ente di risoluzione alternativa delle controversie non interviene in materia di consumo.

Nonostante il fatto che l'implementazione di questi meccanismi possa evitare la giudizializzazione del conflitto, non possiamo non essere preoccupati per i possibili effetti dilatori che possono avere sulla risoluzione finale del conflitto; quindi crediamo che debbano essere monitorati da vicino, osservando le statistiche delle procedure che si concludono con successo senza richiedere una successiva soluzione da parte dei tribunali; nel caso in cui non si concludano con un'alta percentuale di successo, modificare la loro attuale configurazione giuridica.

**5.-** *La coesistenza di enti accreditati e non accreditati in Spagna.* La legge 7/2017 permette la coesistenza di enti accreditati e non, fermo restando che questi ultimi non saranno competenti a risolvere le controversie transfrontaliere dei consumatori, restringendo la loro competenza alle controversie nazionali.

**6.-** *La competenza della Settima Sezione del Giurì della Pubblicità.* Abbiamo potuto appurare che il Giurì della Pubblicità è un organo di natura giuridico-privata creato all'interno di AUTOCONTROL, che ha la competenza per ascoltare le controversie derivanti dal mancato rispetto dei codici di condotta in materia di pubblicità in Spagna.

Questo organo può agire in plenaria o in sezioni, e la Settima Sezione, che abbiamo chiamato Sezione Specializzata, è esclusivamente incaricata di ascoltare i reclami dei singoli consumatori, fermo restando che a volte la stessa pubblicità può dar luogo a due reclami: uno formulato dal singolo consumatore e l'altro dall'ente, associazione di consumatori e utenti o da imprenditori o professionisti colpiti dalla stessa pubblicità, nel qual caso la competenza per ascoltare entrambi i reclami rimarrà alla Sezione Specializzata, dando luogo a una sorta di cumulo di reclami.

In questo caso speciale, il Giurì della Pubblicità non deciderà solo sulla base del reclamo del singolo consumatore, ma anche sulla base del reclamo dell'altro ricorrente, e lo farà attraverso la procedura speciale prevista nell'articolo 2 del regolamento sulla Pubblicità, cioè dalla procedura di risoluzione dei reclami individuali dei consumatori, che è quella che è stata redatta secondo i principi e i requisiti della Legge 7/2017; quindi concludiamo che il Giurì della Pubblicità è uno dei pochi enti accreditati a risolvere le controversie in materia di consumo che risolve i reclami sollevati sia da soggetti con lo status di consumatore, sia da altri soggetti che non hanno tale status.

*7.- La rivendicazione preventiva delle clausole di piano come soluzione per evitare il collasso del sistema giudiziario.* Il regio decreto legge 1/2017, del 20 gennaio, sulle misure urgenti di protezione dei consumatori in materia di clausole floor, ha avuto come obiettivo la creazione di un meccanismo piuttosto semplice e volontario per i consumatori, per facilitare gli accordi con le istituzioni finanziarie con cui hanno firmato un contratto di mutuo ipotecario.

Il legislatore giustifica la creazione di questo meccanismo extragiudiziale con la necessità di dare ai consumatori uno strumento che permetta loro di ottenere una risposta rapida ai loro reclami. Tuttavia, così com'è regolamentata, capiamo che è stata una soluzione mascherata per evitare la valanga di cause legali in seguito all'enorme quantità di giurisprudenza europea e nazionale che sottolinea la slealtà delle clausole floor inserite nei contratti di mutuo ipotecario. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno a questo Regio Decreto Legge ha fatto sì che il Disegno di Legge sulle Misure di Efficienza Procedurale per il Servizio Pubblico di Giustizia lasciasse senza effetto il reclamo precedente del Regio Decreto Legge 1/2017, che sarà sostituito dal reclamo introdotto nella sezione 7 dell'articolo 439 della Legge di Procedura Civile.



**7-1.** - *L'effetto dissuasivo sui consumatori colpiti dalla slealtà delle clausole floor.* Per costringere in qualche modo il consumatore a ricorrere a questo reclamo preventivo, che pretende di essere volontario, il regio decreto legge 1/2017 ha introdotto un sistema ad hoc di condanna dei costi che ha favorito le istituzioni finanziarie a scapito del consumatore. Questo regime speciale ha reso inapplicabile il regime generale di condanna alle spese previsto dalla legge sulla procedura civile; quindi la giurisprudenza nella maggior parte dei casi ha lasciato inapplicato l'articolo 4 del regio decreto legge per continuare ad applicare il regime generale previsto dalla legge sulla Procedura Civile. Questo regime è stato finalmente dichiarato nullo in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale del 16 settembre 2021, che ha dichiarato incostituzionale l'articolo 4.2 di questo regolamento, chiarendo allo stesso tempo alcuni dubbi interpretativi sul paragrafo 1 dello stesso articolo.

**7-2.** - *Proposta di legge ferenda per l'articolo 394.2 del codice di procedura civile.* Anche il paragrafo 3 dell'articolo 4 del regio decreto legge non è esente da discussione, poiché fa riferimento alle disposizioni dell'articolo 394 della legge sulla procedura civile. A questo proposito, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 16 luglio 2020 ha dichiarato che il paragrafo 2 di questa disposizione non è conforme alla legislazione comunitaria, dato che dovrebbe essere un criterio sufficiente per gli organi giudiziari aver dichiarato il carattere abusivo delle clausole di una condizione contrattuale generale, al fine di imporre l'intero costo agli istituti di credito. Questa è la direzione seguita dalla maggior parte delle sentenze dei nostri organi giudiziari dopo quella sentenza. Quindi, *de lege ferenda*, sarebbe auspicabile dare la seguente formulazione all'articolo 394.2 del Codice di Procedura Civile: *“In caso di accoglimento parziale o di rigetto delle pretese, ciascuna parte pagherà le spese a proprio carico e le spese comuni a metà, a meno che non vi siano motivi per imporre ad una di esse per aver agito con imprudenza o in malafede. La malafede da parte dell'imputato si considera esistente in quei casi in cui, avendo reclamato in via extragiudiziale, le pretese della causa sono sostanzialmente confermate in tribunale”*.

**7-3.** - *Proposta di legge ferenda affinché la rivendicazione di clausole floor possa essere realizzata attraverso i canali di negoziazione assistita (intermediazione ipotecaria), attraverso la procedura prevista per la presentazione di reclami davanti ai servizi di reclamo della Banca di Spagna o, eventualmente, dall'Autorità Amministrativa*

*Indipendente del Cliente Finanziario che si crea.* Il regio decreto legge 1/2017 ha optato per stabilire che la rivendicazione delle clausole floor sarà effettuata attraverso una sottospecie di negoziazione speciale senza l'intervento di un soggetto terzo.

Data la mancanza di protezione del consumatore in questa negoziazione, dovuta all'assenza di un soggetto terzo che lo consigli o lo guidi nella procedura da seguire, sarebbe auspicabile che questo reclamo si possa realizzare attraverso qualsiasi canale che garantisca l'intervento di una terza parte imparziale, come l'intermediario ipotecario, essendo consapevoli che l'ambito soggettivo coincide (consumatore/debitore ipotecario e istituzione finanziaria) e che sarebbe un metodo ideale per l'intermediario affinché bilanci le posizioni delle parti; quale metodo migliore che ricorrere a un meccanismo già stabilito all'interno delle Commissioni Arbitrale di consumo che garantisce l'intervento di un terzo soggetto imparziale, che informa il consumatore dei suoi diritti. Senza questa terza parte, non è sorprendente che il consumatore accetti l'"accordo" offerto dall'istituzione finanziaria, nell'ignoranza e nella paura di non vedere soddisfatti i suoi diritti nei tribunali.

Oppure, a seconda dei casi, si potrebbe decidere che tali reclami debbano essere presentati attraverso la procedura di presentazione dei reclami al servizio reclami della Banca di Spagna, regolata nell'ordinanza ECC/2502/2012 del 16 novembre, dato che è proprio questa la procedura prevista per i reclami e le denunce degli utenti di servizi finanziari con le istituzioni finanziarie, o attraverso la procedura seguita davanti all'Autorità Amministrativa Indipendente per i Clienti Finanziari che è stata creata. Infatti, queste autorità sono responsabili del controllo e della supervisione delle istituzioni finanziarie, quindi il loro intervento sarebbe ideale per monitorare il rispetto delle regole del sistema finanziario, con particolare attenzione alla protezione dei clienti.

**8.-** *La natura giuridica sui generis dell'intermediazione ipotecaria.* Dopo aver analizzato l'intermediazione ipotecaria, abbiamo potuto constatare che si tratta di una negoziazione assistita di natura *sui generis* che normalmente si svolge all'interno delle Commissioni Arbitrali di consumo. Cosicché, in alcune comunità autonome sembra essere un metodo autonomo e indipendente, ma in altre è sostanzialmente simile a una forma speciale di mediazione dei consumatori, anche se è un metodo più restrittivo e speciale di risoluzione dei conflitti.

**8-1.-** *Ambito soggettivo della mediazione ipotecaria.* Mentre la mediazione del consumo è un metodo di risoluzione dei conflitti applicabile a qualsiasi relazione di consumo (contratti, servizi, pubblicità, ecc.), la mediazione ipotecaria si differenzia dalla prima per il suo campo d'azione, in quanto è progettata per un'area specifica di risoluzione dei conflitti, quelli derivanti dai contratti ipotecari, e all'interno di questi, i conflitti derivanti dal mancato pagamento da parte del mutuatario.

**8-2.-** *La natura bidirezionale della mediazione di consumo rispetto alla natura unidirezionale della mediazione ipotecaria.* La mediazione dei consumatori, in teoria, può essere richiesta sia da parte dell'imprenditore, quando l'arbitrato di consumo è stato richiesto dal consumatore e quest'ultimo richiede il tentativo di mediazione, sia da parte del consumatore stesso, mentre l'intermediazione ipotecaria sarà sempre attivata su richiesta del mutuatario.

**8.3.-** *Vincolo delle istituzioni finanziarie al Codice di Buona Pratica e soluzioni standardizzate nell'intermediazione ipotecaria.* Contrariamente alla mediazione del consumo, dove le soluzioni possibili non sono standardizzate, nell'intermediazione ipotecaria, se il debitore rientra nella soglia di esclusione e il prestatore aderisce al Codice di Buona Pratica per la ristrutturazione redditizia dei debiti con garanzia ipotecaria, la banca o l'istituto finanziario è obbligato ad offrire al debitore almeno le soluzioni previste dal Codice, fermo restando che il principio dispositivo permette alle parti di adottare altre misure per la ristrutturazione del debito ipotecario.

**8-4.-** *Effetti della mediazione ipotecaria nei procedimenti di pignoramento già avviati.* L'intermediazione ipotecaria mira a raggiungere un accordo tra le parti per evitare la perdita dell'unica casa del mutuatario. Tuttavia, l'avvio di questa procedura non sospende il processo di pignoramento di per sé.

In questo senso, comprendiamo che è possibile sospendere il pignoramento per accordo delle parti coinvolte in esso (ex art. 565 LEC), mentre il pignoramento viene eseguito, fermo restando che esiste un accordo tacito tra le parti, dovuto alla precedente adesione dell'ente creditore al Codice di Buona Pratica.

Nel caso in cui il pignoramento venga portato avanti e la ristrutturazione del debito non sia stata raggiunta, il debitore pignorato può chiedere la sospensione dello sfratto esecutivo (art. 675 LEC in relazione all'art. 1 LPDH) che, se concordato con ordinanza del giudice dell'esecuzione, pregiudicherà lo sfratto nel processo esecutivo giudiziale o extragiudiziale, così come le eventuali azioni di sfratto che potrebbero essere intentate da terzi acquirenti per precarietà.

**8-5.- Proposta de lege ferenda per un regolamento statale che unifichi i parametri fondamentali della negoziazione assistita e dell'intermediazione ipotecaria.** Per risolvere il dibattito dialettico sulla natura giuridica della mediazione ipotecaria, bisogna sapere che non esiste uno statuto giuridico comune che regoli questo istituto in tutta la Spagna. Ciò fa sì che alcune comunità autonome applichino la normativa sulla mediazione dei consumatori, considerandola un tipo speciale di mediazione dei consumatori, mentre altre la regolano come un'istituzione autonoma e indipendente.

*De lege ferenda*, sarebbe auspicabile un regolamento statale che disciplini le caratteristiche generali della negoziazione assistita, così come quelle dell'intermediazione ipotecaria; anche se il suo sviluppo dovrebbe essere incluso nei diversi regolamenti regionali dei consumatori, come si sta già facendo, giacché che questa modalità extragiudiziale è molto dispersa e confusa nei diversi regolamenti.

**9.- Mediazione privata in materia di consumo.** Dopo aver analizzato la legge 7/2017, abbiamo potuto confermare che è possibile ricorrere a un servizio di mediazione privata in materia di consumo. E questo, in virtù della settima disposizione aggiuntiva della legge 7/2017, del 2 novembre, che ha eliminato la lettera d) dell'articolo 2.2 della Legge sulla Mediazione civile e commerciale (ADR), che escludeva la mediazione in materia di consumo; perciò, l'unica mediazione operativa fino ad allora era quella realizzata nell'ambito dell'arbitrato del consumo.

Questa esclusione iniziale era dovuta all'alto numero di norme obbligatorie che disciplinano le relazioni con i consumatori. Di fatto, questo è il modello generale seguito dal diritto europeo e spagnolo, poiché tendono a separare la risoluzione delle controversie in ambito civile e commerciale dalla risoluzione delle controversie in ambito di consumo.

**9-1.-** *La mediazione dei consumatori come passo procedurale nell'arbitrato di consumo.* Il Regio Decreto 231/2008, che regola il Sistema di Arbitrale di Consumo, si occupa in maniera succinta della mediazione dei consumatori, nella misura in cui è considerata una fase procedurale nell'arbitrato di consumo che, se accettata dalle parti, porterà alla sospensione della procedura di arbitrato durante il sostenimento della mediazione.

**9-2.-** *L'attribuzione di poteri di mediazione in materia di consumo alle comunità autonome.* La scarsa regolamentazione della mediazione dei consumatori nel Decreto Reale che disciplina il Sistema Arbitrale di Consumo ci obbliga a fare riferimento alla regolamentazione generale della mediazione in termini di trattamento ed efficacia, cioè la Legge sulla Mediazione Civile e Commerciale (ADR). Questo regolamento non esaurisce la regolamentazione della mediazione, dato che alcune comunità autonome hanno regolato la mediazione in materia di consumo.

**10.-** *Necessaria riforma dei meccanismi extragiudiziali esistenti per combattere la povertà energetica.* Il Piano Strategico Nazionale contro la Povertà Energetica (2019-2024) vieta l'interruzione della fornitura ai consumatori a rischio di esclusione sociale e prevede il riconoscimento per loro del bonus sociale, con diritto a entrambi i benefici, alle famiglie il cui nucleo familiare comprende un bambino di età inferiore ai 16 anni o una persona con una disabilità pari o superiore al 33% o con una dipendenza di II o III grado.

In conformità con questo, il Piano Strategico prevede la riforma dei meccanismi extragiudiziali esistenti per combattere la povertà energetica, nel caso in cui si dimostrino inefficienti. Tuttavia, è vero che non dice nulla su tali procedure extragiudiziali. In assenza di regolamentazione, si potrebbe prendere in considerazione che la Commissione Nazionale per i Mercati e la Concorrenza (CNMC) o altri organismi svolgono funzioni di mediazione e arbitrato e potrebbero essere utilizzati, dato che i metodi extragiudiziali disponibili in questo particolare settore dei consumatori sono limitati.

Quindi, concludiamo che sarebbe auspicabile una futura ordinanza ministeriale che stabilisca una procedura simile a quella della negoziazione assistita, sulla falsariga di quanto è stato fatto per evitare lo sfratto dei mutuatari dalle loro case.

**11.-** *Le conciliazioni istituzionalizzate e la nuova conciliazione privata.* Il sistema giuridico spagnolo distingue quattro tipi di conciliazione istituzionalizzata. La conciliazione giudiziaria, che si svolge in seno all'Amministrazione della Giustizia, davanti al Giudice di Pace o all'avvocato dell'Amministrazione della Giustizia, e il cui regime giuridico è sviluppato nella Legge sulla Giurisdizione Volontaria.

Tale legge introduce anche due conciliazioni extragiudiziali, cioè quelle conciliazioni effettuate davanti al notaio o al cancelliere. Tuttavia, questo regolamento non esaurisce la regolamentazione della conciliazione, dato che rimanda, rispettivamente, alla legge sui notai e alla legge sulle ipoteche, per la regolamentazione della conciliazione notarile e del registro.

D'altra parte, il Disegno di legge sulle Misure di Efficienza Procedurale del Servizio Pubblico di Giustizia introduce la conciliazione privata (artt. 12 e 13). Fino ad oggi, non esiste una disposizione dedicata a questa istituzione che permetta la conciliazione in ambito extragiudiziale da parte di persone fisiche o giuridiche private diverse dalle suddette autorità.

**11.1.-** *L'esclusione della conciliazione giudiziaria dal campo di applicazione della legge 7/2017.* Dopo aver analizzato la conciliazione giudiziale regolata dalla Legge sulla Giurisdizione Volontaria, realizzata davanti al Giudice di Pace o, eventualmente, davanti all'avvocato dell'Amministrazione della Giustizia, abbiamo potuto concludere che non rientra nell'ambito di applicazione della Legge 7/2017, fatti salvi gli accordi che il consumatore può raggiungere con l'imprenditore davanti all'organo giudiziario competente, per evitare il processo o per porre fine al processo già iniziato.

**11.2.-** *L'esclusione della conciliazione notarile in materia di consumo.* Analizzando il dossier dei debiti monetari non contestati, abbiamo stabilito che i debiti basati su un contratto tra un imprenditore o professionista e un consumatore o utente non possono essere rivendicati in questo modo [art. 70.1, a) LN].

Questo ci ha sorpreso, data l'idoneità di questo metodo extragiudiziale per la rivendicazione di debiti monetari liquidi, determinati, maturati, esigibili e documentati. Sarebbe quindi auspicabile che, *de lege ferenda*, l'articolo 70, paragrafo 1, lettera a) fosse

soppresso per offrire ai consumatori o agli utenti un'alternativa efficace per risolvere le controversie con gli imprenditori o i professionisti. A questo proposito, riprendiamo l'autorevole opinione di Banacloche Palao, Presidente della Sezione Speciale che è incaricata di redigere un testo che potrebbe dar luogo a un Disegno di Legge sulla Giurisdizione Volontaria, il quale ha dichiarato di non essere a conoscenza delle ragioni di questa limitazione, che forse poteva essere legato a lotte di potere e rivalità e gelosie corporative, che costituisce un "requisito così assurdo" tale da poter capire che la rivendicazione procede quando si basa sulla fornitura di un servizio senza che ci sia un contratto precedente, per esempio, quando un pittore che non è stato pagato per i suoi servizi vuole rivendicare il pagamento. Inoltre, come hanno sottolineato alcuni notai, solleva difficoltà nella sua applicazione pratica, a cominciare dalla difficoltà stessa di determinare se il debitore è un consumatore o no.

**11-3.-** *La procedura di vendita stragiudiziale dell'ipoteca.* La Legge sulla Giurisdizione Volontaria, nel modificare la Legge sulle Ipoteche, ha introdotto una formula extragiudiziale affinché i debitori ipotecari possano saldare il debito ipotecario attraverso la pratica di vendita extragiudiziale e, eventualmente, possano evitare il processo di pignoramento o porre fine al processo già avviato dalle entità creditrici in virtù del mancato pagamento delle rate dell'ipoteca.

Certamente, abbiamo concluso che questa procedura è applicabile alle relazioni con i consumatori. Tuttavia, ha una particolarità molto speciale rispetto alle altre procedure extragiudiziali in materia di consumo, in quanto c'è un "rovesciamento" delle alternative a favore del creditore e a scapito del consumatore, dato che è a quest'ultimo che vengono concessi i mezzi per far valere i suoi diritti di credito in via extragiudiziale; tra questi c'è la possibilità di mettere all'asta il bene gravato attraverso questa procedura extragiudiziale realizzata davanti al notaio.

**11-4.-** *La conciliazione privata come attività di negoziazione preliminare per l'accreditamento del requisito procedurale.* Il disegno di legge sulle misure di efficienza procedurale per il servizio pubblico della giustizia regola per la prima volta la conciliazione come ADR a cui le parti possono ricorrere per realizzare l'attività di negoziazione prima di andare in tribunale. Dopo aver analizzato il disegno di legge,

dobbiamo concludere che la regolamentazione di questa conciliazione è breve e insufficiente.

Comprendiamo che questa conciliazione privata può essere effettuata da persone fisiche o giuridiche private. Per quanto riguarda le persone fisiche, queste possono essere persone iscritte e attive in una delle associazioni professionali di avvocatura, procuratori legali, laureati sociali o altre associazioni professionali legalmente riconosciute, comprese le persone iscritte nei corrispondenti registri di mediatori debitamente approvati per garantire la loro formazione. Per quanto riguarda le persone giuridiche, queste possono essere società professionali il cui oggetto sociale consiste espressamente nella prestazione di servizi di difesa e rappresentanza legale, fermo restando il fatto che possono prestare questi servizi contemporaneamente ad altri, a patto che la normativa non indichi che sono incompatibili. Allo stesso tempo devono rispettare i requisiti stabiliti dalla Legge sulle Società Professionali per quanto riguarda la loro composizione, così come l'obbligo di essere iscritti nel Registro delle Società Professionali dell'associazione professionale a cui appartengono.

**12.- *L'accumulo di rivendicazioni nell'arbitrato collettivo.*** Dopo aver analizzato l'arbitrato di consumo, e all'interno di questo, l'arbitrato collettivo di consumo, abbiamo concluso che non comporta l'esercizio di vere azioni collettive in difesa dei diritti e degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori e degli utenti. In primo luogo, perché il regime giuridico stabilito dalla nostra legge di procedura civile per le azioni collettive nei tribunali non può essere trasferito, dato che nell'arbitrato, ciò che si esercita sono diverse azioni individuali contro lo stesso imprenditore; in modo tale che ci troviamo di fronte a un accumulo di azioni o una somma di procedure che vengono elaborate in un unico procedimento arbitrale da risolvere davanti alla stessa Commissione Arbitrale di Consumo, che imporrà una soluzione unitaria per il gruppo di consumatori colpiti da un interesse plurale.

E, in secondo luogo, perché l'intervento delle associazioni di consumatori e utenti, come indicato nel Decreto Reale che regola il Sistema Arbitrale di Consumo, non costituisce un caso di legittimazione straordinaria secondo le disposizioni della Legge di Procedura Civile; quindi, la loro funzione rappresentativa consiste nel portare all'attenzione della



competente Commissione Arbitrale di Consumo l'impatto sugli interessi collettivi dei consumatori.

**13.-** *La confluenza dell'esercizio del potere sanzionatorio con la funzione di alcune entità di risoluzione alternativa di natura pubblica.* La legge 7/2017 permette la coesistenza di enti pubblici e privati. In molte occasioni, agli enti pubblici, oltre ad essere attribuita la funzione di entità di risoluzione alternativa, sono attribuite anche le funzioni di controllo e supervisione di un settore economico specifico. Questo ha portato alla confusione di molte regole da parte dei consumatori.

Nell'esercizio delle loro funzioni come entità di risoluzione alternativa, non agiscono come un organo amministrativo, ma come un'entità che realizza formule auto-compositive, che, a seconda del settore, hanno effetti vincolanti o non vincolanti per le parti. Infatti, gli effetti attribuiti alla risoluzione che emettono non sono quelli degli atti amministrativi, né corrispondono all'ordine giurisdizionale contenzioso-amministrativo, ma all'ordine giurisdizionale civile.

D'altra parte, nell'esercizio delle loro funzioni di controllo e supervisione, si agiscono come un organo amministrativo, dato che sono autorizzati dalla legge ad avviare una procedura amministrativa sanzionatoria per inadempienza del datore di lavoro o del professionista; quindi, l'impugnazione della proposta di sanzione è considerata un atto amministrativo e può essere impugnata davanti ai tribunali contenziosi-amministrativi.

Ciò che esponiamo accade nel settore finanziario, quando gli utenti dei servizi finanziari presentano un reclamo al servizio reclami della Banca di Spagna, la Commissione Nazionale del Mercato dei Titoli o la Direzione Generale delle Assicurazioni e dei Fondi Pensione; e nel settore del trasporto aereo, quando i passeggeri presentano reclami contro le compagnie aeree (tra gli altri). Settori in cui questi enti pubblici agiscono in un duplice ruolo: come organo di risoluzione extragiudiziale delle controversie per il cliente, il passeggero, il contraente dell'assicurazione, contro la banca, la compagnia di assicurazioni, etc.; e come organo di controllo del settore in questione. Ciò significa che la risoluzione del reclamo del consumatore che emette è a metà tra il pubblico e il privato, con una procedura simile a quella amministrativa. Quindi, abbiamo chiamato queste

procedure di risoluzione delle controversie "procedure pseudo-amministrative in materia di consumo".

**14.-** *L'inadempimento nel settore finanziario della creazione di un'entità specializzata.* La legge 7/2017 ha stabilito l'obbligo per un unico ente del settore finanziario di essere accreditato e notificato entro otto mesi per risolvere i reclami presentati dagli utenti dei servizi finanziari contro gli istituti di credito, gli enti che operano nel mercato dei valori mobiliari o le compagnie di assicurazione, fatta salva la possibilità che altri enti accreditati che coprono altri settori economici possano fornire copertura a questi reclami, purché le parti si sottopongano volontariamente a queste procedure. Questo mandato non è stato adempiuto fino ad oggi, anche se esiste un progetto di legge che il governo ha annunciato di voler riprendere.

Nel frattempo, è stato dichiarato che i servizi di reclamo della Banca di Spagna, la Commissione Nazionale del Mercato dei Titoli e la Direzione Generale delle Assicurazioni e dei Fondi Pensione continueranno a risolvere i reclami presentati dagli utenti dei servizi finanziari nelle loro rispettive aree di attività, e devono adattare le loro operazioni alle disposizioni della legge 7/2017. Dopo aver analizzato il funzionamento di questi servizi di reclamo, abbiamo concluso che, purtroppo, questa premessa non è stata soddisfatta, in quanto abbiamo constatato che non vi è stata alcuna modifica dell'ordinanza ECC/2502/2012, del 16 novembre, in seguito all'entrata in vigore della legge 7/2017.

**15.-** *La mancanza di accreditamento di AESA come entità specializzata nel settore aeroportuale.* L'AESA è l'ente specializzato che era già in funzione con maggiore o minore successo prima della legge 7/2017, per risolvere i reclami dei passeggeri aerei; quindi il legislatore spagnolo ha scelto di non creare un ente ex novo, come accade in altri settori, ma ha preferito che adattasse il suo funzionamento ai requisiti soggettivi richiesti nei suoi articoli. Forse questo è il motivo per cui il progetto di ordinanza ministeriale del 2018 non è stato approvato, dato che permetteva la sua applicazione dal riconoscimento di AESA come ente accreditato e, forse, i cambiamenti richiesti dal suo accreditamento sono più complessi di quanto si possa azzardare a pensare.

**15-1.-** *Disparità di trattamento negli effetti della procedura davanti all'AESA a seconda dell'oggetto della denuncia.* Dopo aver analizzato il progetto di ordinanza ministeriale e le modifiche alla legge 7/2017, abbiamo constatato che la regolamentazione dei reclami nel settore del trasporto aereo mantiene le sue caratteristiche essenziali. Stabilisce una procedura extragiudiziale di partecipazione volontaria e risultato non vincolante per i passeggeri e i gestori aeroportuali, mentre è di accettazione obbligatoria e risultato vincolante per le compagnie aeree. A nostro avviso, la disparità di trattamento dei passeggeri nei confronti delle compagnie aeree è giustificata dalla funzione di protezione conferita ai consumatori o agli utenti dalle disposizioni di base e dalle loro norme settoriali.

Tuttavia, non troviamo alcuna giustificazione ragionevole per la disparità di trattamento tra le compagnie aeree e i gestori di aeroporti, dato che entrambi sono sempre la parte in questione.

**15-2.-** *La modifica della Legge Organica della Magistratura che trasferisce la competenza per ascoltare i reclami e le richieste nel settore del trasporto aereo dai Tribunali Commerciali ai Tribunali di Prima Istanza.* La legge 3/2020, del 18 settembre, sulle misure procedurali e organizzative per affrontare la COVID-19, modificando la seconda disposizione aggiuntiva della legge 7/2017, ha inizialmente attribuito la competenza per l'impugnazione delle decisioni AESA ai tribunali commerciali, senza pregiudicare le azioni civili che il passeggero potrebbe intraprendere. Tuttavia, il progetto di legge organica del 14 gennaio 2022, che modifica la legge organica della magistratura, esclude espressamente dalla sua competenza le materie previste dal regolamento 261/2004, che stabilisce norme comuni in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri aerei in caso di negato imbarco e di cancellazione o ritardo prolungato dei voli, attribuendo questa competenza ai Tribunali di Primo Grado.

Questo ci fa concludere che l'emendamento proposto è corretto, in quanto contribuirà senza dubbio a raggiungere la velocità e l'efficienza procedurale, dato il peso sui tribunali commerciali a seguito della valanga di cause presentate attraverso i tribunali a seguito della massiccia cancellazione di voli durante lo stato di emergenza.

**16.-** I presupposti perché l'autorità amministrativa competente avvii un procedimento amministrativo disciplinare. Le autorità amministrative sono competenti per avviare un procedimento disciplinare amministrativo, d'ufficio, su richiesta della persona che acquisisce la qualifica di denunciante, o dell'entità autorizzata, quando la Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti o, eventualmente, il regolamento regionale o la norma speciale che lo disciplina, stabilisce che l'infrazione commessa dall'imprenditore o dal professionista costituisce un'infrazione del consumatore (principio di tipicità), oltre ad indicare il livello della sanzione da imporre e quando alla stessa autorità è stato attribuito dalla legge il potere di sanzionare.

**17.-** *Attività di negoziazione come requisito procedurale per l'ammissione del credito da trattare in tribunale.* Il disegno di legge sulle Misure di Efficienza Procedurale per il Servizio Pubblico della Giustizia capovolge inaspettatamente la natura volontaria dei metodi di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Tuttavia, crediamo che l'uso obbligatorio di questi metodi dovrebbe essere progressivo, dato che in un periodo di tempo molto breve passeranno dall'essere in gran parte volontari all'essere imposti senza palliativi. Anche se, fortunatamente, in materia di consumo, il requisito procedurale sarà soddisfatto se si utilizza un qualsiasi metodo extragiudiziale di risoluzione dei conflitti, compresi i semplici reclami diretti, che è consentito dalla legge 7/2017, del 2 novembre.

**17-1.-** *La controversa attribuzione della res iudicata alla risoluzione delle controversie attraverso l'ADR.* Anche se il progetto preliminare attribuisce all'ADR forza di *res iudicata*, dopo aver analizzato la ricerca su questi strumenti, abbiamo potuto concludere che gli accordi raggiunti al loro interno non possono avere tale efficacia, ma piuttosto un valore puramente contrattuale, cioè non si può attribuire loro il valore di una ferma pronuncia giurisprudenziale, dato che contratto e sentenza sono realtà giuridiche che non devono essere confuse.

**17-2.-** *Il rimedio del vizio di procedura.* Il disegno di legge non indica nulla circa il rimedio del vizio procedurale quando le parti non accreditano il tentativo dell'attività negoziale ai fini della richiesta di ammissione al trattamento; essendo questo vuoto giuridico, a nostro avviso, contrario al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, proponiamo un modo per rimediare.

In mancanza di una disposizione che regoli il rimedio del tentativo di attività negoziale preliminare o il suo mancato accreditamento come documento di accompagnamento della domanda, *de lege ferenda*, si potrebbero prendere in considerazione le disposizioni dell'articolo 81.3 della legge che regola la giurisdizione sociale.

**18.-** *Possibilità per gli enti qualificati di stipulare contratti collettivi con datori di lavoro o professionisti.* La direttiva 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative per la protezione degli interessi collettivi dei consumatori lascia aperta la possibilità per gli Stati membri di consentire agli enti qualificati di stipulare contratti collettivi con imprenditori o professionisti.

Utilizzando il metodo induttivo, concludiamo che nell'ordinamento giuridico spagnolo i contratti collettivi possono sicuramente essere adottati dagli enti autorizzati, sia in via extragiudiziale che amministrativa o giudiziaria. È chiaro che l'adozione di questi accordi collettivi può essere adottata al di fuori del processo o una volta esso iniziato, e i metodi auto-compositivi sono i più adatti a questo scopo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACEDO PENCO, Á., “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico”, en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 18, 2000.

ACHÓN BRUÑEN, M.J., *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*, Dykinson, Madrid, 2017.

- “¿Qué ha cambiado tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas?”, en *Diario La Ley*, núm. 9700, 2020.

ADÁN DOMÈNECH, F., “¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?” en *Nuevos horizontes de derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch, 2016.

- “Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo” en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 116, núm. 1, 2017.

AGUILERA MORALES, M. (con Garnica Martín, Ferreres Comella y Díez-Picazo Giménez), “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78/79, 2021.

- “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021.

AGÜERO ORTÍZ, A., “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias provinciales”, en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.

ALENZA GARCÍA, J. F., “Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios” en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011.

ÁLVAREZ VEGA, M.I., “Debilidades y carencias de la resolución alternativa de conflictos en el sector financiero y en los servicios de interés general”, en *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo: perfiles hispano-italianos* (Tomillo Urbina, dir. y Álvarez Vega/Capilli, coords.), Comares, Granada, 2016.

ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (a propósito de la propuesta de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12, 2005.

ARANDA RODRÍGUEZ, R., “La mediación hipotecaria”, en *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* (Arnulfo Sánchez García/Patricia López Peláez, coords.), Aranzadi, Madrid, 2016.

ARIZA COLMENAREJO, M.J., “Requisitos del procedimiento de resolución alternativa para obtener la acreditación de entidades”, en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.) Aranzadi, Navarra, 2018.

- “Ejecución de acciones colectivas en España y en la Unión Europea”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro (cuestiones actuales y perspectivas de futuro))*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018.

ARMENTA DEU, T., “Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español”, en *Los intereses colectivos: representación y defensa ante la administración y los tribunales. las “otras” legitimaciones*, 2012.

- *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

AZAR-BAUD, M.J., “Acciones colectivas en Francia y la Unión Europea: diferencias con Argentina e Iberoamérica” en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro (cuestiones actuales y perspectivas de futuro))*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018.



AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2016.

BANACLOCHE PALAO, J., “Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria: análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio”, La Ley, Madrid, 2015.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— “Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de estos en la Unión Europea: líneas de presente y futuro”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barona Vilar, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— “Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2004.

— “Arbitraje en España”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (Barona Vilar, coord.), Aranzadi, 2007.

— “La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés* (Blasco Gascó, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— “De cómo la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela del ciudadano” en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amocorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (Gómez Colomer/Barona Vilar/Calderón Cuadrado, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

— “Retrato de la Justicia Civil en el Siglo XXI: ¿Caos o una estrella fugaz?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.

— “Justicia integral” y “access to justice”, crisis y evolución del “paradigma”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2016.

— “Psicoanálisis de los ADR: retos en la sociedad global del siglo XXI, en *La Ley de Mediación y arbitraje*, núm. 1, 2020.

BARRAL VIÑALS, I., “La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos con consumidores; ¿más retos o más oportunidades?”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2018.

- “La resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la Ley 7/2017: la mediación de consumo y los otros ADRs”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro* (Barral Viñals dir. y Viola Demestre/Pérez Daudí, coords.), Atelier, 2019.

BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, en *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013.

- *El “deudor de buena fe” en la Ley de segunda oportunidad: origen, fundamento y significado*, Comares, Granada, 2016.
- *Sobreendeudamiento y protección de los consumidores: análisis comparado de los modelos francés y español*, Reus, Madrid, 2020.

BLANCO GARCÍA, A.I., *Conflictos bancarios: su tutela extrajudicial*, Tesis Doctoral, Valencia 2014.

- *La tutela del cliente bancario y las ADR: la institución del Ombudsman*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de conflictos en materia de consumo y su encaje en el sector financiero”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 15, 2015.
- “La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores*, INC, Madrid, 2005.

- *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009.

BOGGIO, “La disciplina generale de la mediazione e della conciliazione nell’ordinamento italiano”, en *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán, 2011.

BONACHERA VILLEGAS, R., El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo”, en *Diario La Ley*, núm. 7045, 2008.

- *Los arbitrajes especiales*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- “El arbitraje: una institución de orígenes remotos con plena actualidad jurídica”, en *Fundamenta Ivrís: terminología, principios e interpretatio. De Roma a la actualidad* (Resina Sola, ed. y Pérez López, coord.), Universidad de Almería, Almería, 2013.
- “Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2018.
- “El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo”, en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (Jiménez Conde, dir. y Fuentes Soriano/González Cano, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018.
- *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Tirant lo Blanch, 2018.
- “La protección de datos en el ámbito judicial”, en *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro* (Arrabal Platero, coord. y García Molina/Conde Fuentes/Serrano Hoyo, dirs.), Tirant lo Blanch, 2019.
- “La protección de datos de carácter personal en el ámbito del proceso contencioso-administrativo: problemas en torno a la legitimación activa”, en *Era Digital, Sociedad y Derecho* (Arrabal Platero/Doig Díaz/Ortega Giménez/Turégano Mansilla, coords. y Fuentes Soriano, dir.), Tirant lo Blanch, 2020.
- “Las costas a favor del consumidor”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021.

BOVE, M., *La mediazione per la composizione delle controversie civile e commerciali*, CEDAM, Milán, 2010.

BONET NAVARRO, “La reclamación de créditos a través del procedimiento de los artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado”, en *Diario La Ley*, núm. 8921, 2017.

BUJOSA VADELL, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Artículo 3”, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011.

— “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos de los consumidores y usuarios, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes complementarias* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011.

CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos: (con jurisprudencia asociada)* (*Derecho-Práctica Jurídica*), Tecnos, Madrid, 2005.

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., “Alcance de la reposición e indemnización al consumidor en el seno del procedimiento sancionador de consumo (artículo 48 TRLGCU)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3, 2013.

CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Martín Muñoz y Hierro Anibarro, coord.), Marcial Pons, Madrid, 2006.

CATALÁN CHAMORRO, M.J., “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajurisdiccional de conflictos en consumo: ADR y ODR”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia* (Barona Vilar, coord.), Civitas, Madrid, 2016.

CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement”, en *Modern Law Review*, núm. 3, vol. 56, 1993.

CEBALLOS PEÑA, D., “La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social”, en *Revista de Mediación*, núm. 1, 2013.

COBAS COBIELLA, M.E., “La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión”, en *CEFlegal*, 2014, núm.160, 2014.

CONDE FUENTES, J., “El procedimiento extrajudicial para la restitución de cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2017.

— “La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución litigios en materia de consumo” en *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*” (Jiménez Conde, dir./Fuentes Soriano y González Cano, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— “La plataforma europea de resolución de litigios en línea ¿alternativa efectiva para los consumidores?”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 50, 2020.

COMBA, “Nociones esenciales, técnicas y sugerencias”, en *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán 2011.

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

— “Suspensión del lanzamiento en ejecución hipotecaria, juicio de desahucio por precario promovido por tercero y recurso de casación, en *Gómez Acebo & Pombo*, 2021.

COROMINAS BACH, S., *La legitimación activa de las acciones colectivas*, Tesis Doctoral, *Universitat de Girona*, 2016.

— “El sistema europeo online de solución de conflictos (ODR) en materia de consumo: evaluación empírica dos años después de su entrada en vigor”, en *La Justicia Digital en España y la Unión Europea* (Conde Fuentes/Serrano Hoyo, dirs.), Atelier, Barcelona, 2019.

CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La normativa europea de resolución de conflictos y su transposición en España: una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas del Derecho comparado”, en *Asociación para la Defensa de los Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de Andalucía* (Estudios ADICAE), Zaragoza, 2016.

— “Negocia o Atente a las Consecuencias. La Condena en Costas en los Derechos del *Common Law* y su Aplicación en el Proceso Civil Español”, en *InDret*, núm. 4, 2011.

CRUZ ZABAL, M. y COBAS COBIELLA, E., “¿Mediación o intermediación hipotecarias?”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad* (Ortega Giménez/Cobas Cobiella, coords.), Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Madrid, 2013.

CUBILLO LÓPEZ, I., “El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores”, en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, (Cubillo López, coord.), Thomson Reuters, Navarra, 2010.

CUCARELLA GALIANA, L.A. y BELLINDO PENADÉS, R., “La solución no jurisdiccional de los litigios de derecho privado” en *Derecho Procesal Civil*, (Ortells Ramos, dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2017.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres y Banacloche Palao), “Artículo 222. Cosa juzgada material”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

— *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*, Ramón Areces, Madrid, 2004

— *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2005.

— *Cursos de Derecho Procesal Civil II (parte especial)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2016.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de los consumidores*, Edisofer, Madrid, 2005.

DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., “La mediación de consumo”, en *Práctica de Tribunales*, núm.128, 2017.

— “La intermediación hipotecaria: ¿una categoría propia de ADR?”, en *Desafíos actuales del derecho: aportaciones presentadas al II Congreso Nacional de jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas* (Valencia Saiz, dir. y Sánchez-Archidona Hidalgo/Pastor García, coords), Biblioteca virtual de Derecho, Economía, Ciencias Sociales y Tesis Doctorales, Madrid, 2020.

— “La resolución alternativa de conflictos en línea en el alquiler colaborativo”, en *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (Munar Bernat/Martos Calabrús/López San Luis/Bastante Granell, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2020.

- “La intermediación hipotecaria como alternativa a la ejecución de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios. Especial referencia al Código de Consumo de Cataluña”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, núm. 3, 2020.
- “Problemas prácticos a la luz del Real Decreto Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 144, 2020.
- “La conciliación tras la anhelada Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2021.
- “Arbitrajes especiales y arbitrajes «especialísimos». Especial referencia al arbitraje de consumo colectivo”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021.
- La resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo tras la Ley 3/2020 de medidas procesales para hacer frente al Covid-19, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55, 2021.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La mediación civil y mercantil en Europa: estudio de comparado del Derecho italiano y español”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012.

- “La plataforma europea para la resolución de litigios en línea en materia de consumo”, en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.), Dykinson, 2017.
- “La necesidad de una regulación general de las cláusulas abusivas en el sistema procesal español”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 29, 2017.

ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Régimen Europeo de la Resolución Electrónica de Litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo” en *Mediación y Arbitraje de Consumo: una perspectiva española, europea y comparada* (Garrido Carrillo, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la Jurisdicción voluntaria (I)*, Iustel, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., “La mediación hipotecaria de Andalucía. Examen de la repercusión jurídico procesal y la habilitación competencial de la Ley 3/2016 que la instaura”, en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2017.

— “Principios, asistencia jurídica y costes en el procedimiento de resolución alternativa de consumo”, en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2018.

FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo. El Real Decreto 231/2008. Objeto, ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, en *Resolución de conflictos en materia de consumo* (González Pillado, coord.), Madrid, Tecnos, 2009.

— “El mediador: cualidades, requisitos y funciones” en *Arbitraje y mediación en materia de consumo*” (González Pillado, coord.), Tecnos, Madrid, 2012.

FUENTES GOMEZ, J.C., “La mediación en materia de consumo: un comentario crítico a la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Diario La Ley*, núm. 9104, 2017.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

— “Disposición adicional única”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004.

GARCÍA SÁNCHEZ, I. y SÁNCHEZ GARCÍA, J., “Comentarios al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, en *Revista de Derecho vLex*, núm. 152, 2017.

GARCÍA VILA, M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (con Vendrell y Cepero), “Validez del pacto de la venta extrajudicial incorporado como condición general de la contratación en un préstamo hipotecario suscrito con un consumidor (Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016)”, en *Diario La Ley*, núm. 5416, 2017.

GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, Aranzadi, Navarra, 2010.

— “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2020.



GIMENO SENDRA, V., “La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, Madrid, 2009.

GÓMEZ AMIGO, L., “La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999.

— *El proceso monitorio europeo*, Aranzadi, Navarra, 2008.

— “Aplicaciones de la e-justicia en el proceso monitorio europeo”, en *Presente y futuro de la e-justicia en España y en la Unión Europea* (Senés Motilla, coord.), Aranzadi, Navarra, 2010.

— “La tramitación del proceso monitorio europeo en España”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2011.

— “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31, 2013.

— “La evolución del proceso monitorio: en particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 126, 2017.

— “La doctrina del TJUE en el caso Bondora: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 144, 2020.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (con Montero Aroca y Barona Vilar), *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GONZÁLEZ CANO, M.I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GONZÁLEZ PILLADO, E., *La intervención de terceros en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— “La mediación en materia de consumo”, en *Arbitraje y mediación de consumo* (González Pillado, coord.), Tecnos, Madrid, 2012.

— “Procedimiento de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, en *Diario La Ley*, núm. 8782, 2016.

— “Incidencia de la ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo” en *La Resolución Alternativa de*

*Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2018.

GONZALO LÓPEZ, V., “La protección jurídica de los consumidores en Europa: el Libro Verde de 2007 para la revisión del Derecho de consumo”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores* (Tomillo Urbina/Álvarez Rubio, coords.), Civitas, Madrid, 2008.

GRANDE SEARA, P., “El sistema arbitral de consumo tras la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 50, 2020.

GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Mecanismos “alternativos” frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual”, en *Revista jurídica de la Universidad de León*, núm. 2, 2015.

HINOJOSA SEGOVIA, R., “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, en *Diario La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 5, 2021.

IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “La potestad sancionadora” en *La defensa de los consumidores y usuarios* (Rebollo Puig/Izquierdo Carrasco, dirs.), Iustel, Madrid, 2011.

JOAN PICÓ, J., “MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?”, en *Diario La Ley*, núm. 9801.

JORDA CAPITÁN, E.R., “La resolución alternativa en materia de consumo en los trabajos de transposición al derecho interno español”, en *La Ley*, núm. 19, 2015.

LAFUENTE TORRALBA, A.J., “Análisis crítico del Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; mucho ruido y pocas nueces” en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (Alonso Pérez, dir.), Aranzadi, Navarra, 2018.

LIÉBANA ORTIZ, J. y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2015.

LÓPEZ YAGÜE, “Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil, en *Práctica de Tribunales*, núm. 137, 2019.

MACHADO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, núm. 2, vol. 5, Madrid, 2013.

MADRID PARRA, A., “Directiva 2013/11 (ADR) y Reglamento 524/2013 (ODR): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo”, en *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 18, 2013.

MAGRO SERVET, V., “La Ley mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus”, en *Diario La Ley*, núm. 9614, 2020.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Los códigos de conducta como fuente del Derecho”, en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

— “Comentarios al artículo 31”, en *Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la ley veinte años después* (Llamas Pombo, coord.), La Ley, Madrid, 2005.

MARÍN LÓPEZ, J.J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Nieto Carol, dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000.

— “Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 9/10, 2006.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014.

— “Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, 2014.

MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, CGPJ, 2010.

MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L., “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas” en *Revista de Administración Pública*, núm. 16, 1991.

MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., “El debate sobre las costas procesales”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 131, 2017.

— “El arbitraje ha muerto, ¡viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASC”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 149, 2021.

MASSAGUER FUENTES J., “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2011.

MERINO MERCHÁN, J.M y CHILLÓN MEDINA, J.M, *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, Madrid, 2006.

MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho procesal* (Ramos Méndez, coord.), Bosch, Barcelona, 1981.

— *La legitimación extraordinaria en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Civitas, Madrid, 1994.

MONTESINOS GARCÍA, A., “¿Es posible la interposición de acciones colectivas en un arbitraje?”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018.

— *Las acciones colectivas en el arbitraje en el marco de un arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

— “¿Representa la futura Directiva relativa a las acciones de representación una oportunidad perdida para la implantación del arbitraje colectivo?”, en *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2020.

MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- “Mediación de consumo y cláusulas abusivas” en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.), Dykinson, 2017.
- “Delimitación del «fuero del consumidor» en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, en *Diario La Ley*, núm. 9270, 2018.
- “Acciones ejercitables y acumulación de acciones en materia de cláusulas abusivas”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018.
- *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- “La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, núm. 9956, 2021.

MORENO BLESA, L., “La resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015.

MORENO CORDERO, G., “La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación el ámbito de consumo en el ordenamiento español”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2009, 2009.

NIEVA-FENOLL, J., “Mediación y arbitraje: ¿Una ilusión decepcionante?” en *La mediación como método de resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.), Dykinson, Madrid, 2017.

NÚÑEZ IGLESIAS, A., “La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria”, en *Revista de Derecho Civil*, núm.1, 2014.

ORTELLS RAMOS, M. (con Bonet Navarro, Martín Pastor y otros), “La independencia judicial”, en *Introducción al Derecho Procesal* (Ortells Ramos dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2018.

- “El artículo 103.1 CE, la potestad (administrativa) de actuación del Derecho mediante autotutela y la potestad (jurisdiccional) de actuación del Derecho

- mediante heterotutela”, en *Introducción al Derecho Procesal* (Ortells Ramos, dir. y coord.), Aranzadi, 2019.
- *Introducción al Derecho Procesal* (Ortells Ramos dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2019.
- “La posible inconstitucionalidad de potestades atribuidas a la Administración en algunos supuestos. El predominio práctico de la característica distintiva de la cosa juzgada”, en *Introducción al Derecho Procesal*, (Ortells Ramos, dir. y coord.), Aranzadi, 2019.
- “La solución no jurisdiccional de los litigios de derecho privado”, en *Derecho Procesal Civil* (Ortells Ramos, dir. y coord.), Aranzadi, Navarra, 2020.

PAJÍN ECHEVERRÍA, P., “La necesaria coordinación en el ámbito de la resolución alternativa de los conflictos de consumo en Europa: el caso español”, en *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido* (Palao Moreno, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

PAREDES PÉREZ, J.I. y MENÉNDEZ GONZÁLEZ, A., “La reforma de la normativa española a la luz de la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y Reino Unido* (Azcárraga Monzonís/Uría Acevedo/Palao Moreno, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PEITEADO MARISCAL, P., “Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria”, en *Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público*, vol. 66, núm. 2, 2018.

PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, en *Diario La Ley*, núm. 8541, 2015.

- “La mediación de consumo y el proceso” en *Revista General de Derecho Procesal*, núm 48, 2019.
- “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *InDret*, 2019, p.26.

— “La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas”, en *Revista asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 1, 2020.

PÉREZ-SENNOBAVA GONZÁLEZ, F.J., “Indefinición de un nuevo modelo de tutela colectiva para los consumidores (Directiva 2020/1828): la vigente *class action* europea”, en *La Ley mercantil*, núm. 81, 2021.

PICÓ JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Bosch, Valencia, 2011.

— “MASC y costas procesales en el futuro procesal civil: ¿la cuadratura del círculo?” en *Diario La Ley*, núm. 9801, 2021.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

— “Acuerdos y acciones colectivas: ¿una posibilidad real?”, en *Tratado de Mediación* (Blanco Barona Vilar, pr. y Blanco García, ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

QUESADA LÓPEZ, P.M., “La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria: problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria», en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.), Dykinson, Madrid, 2017.

QUERZOLA, L., “La mediación civil en Italia”, en *La mediación civil en materia civil en Italia*, en *La mediación como método para la resolución de conflictos* (Cabrera Mercado, dir. y Quesada López, coord.) Dykinson, Madrid, 2017.

RAMOS MÉNDEZ, *Jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Civitas, Madrid, 1978.

REYES LÓPEZ, M., “La reforma del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios en materia de arbitraje”, en *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y Reino Unido* (Palao Moreno ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

ROCA MARTÍNEZ, “¿Acabará el TJUE con el Sistema Procesal español?”, en *Diario La Ley*, núm. 9824, 2021.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. y JORDÁ GARCÍA, R., “La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales”, en *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013.

SÁNCHEZ PÉREZ, L., “La nueva entidad de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera”, en *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (Ariza Colmenarejo/Fernández-Fígares Morales, dirs.), Aranzadi, Navarra, 2018.

SANDER, F., “Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview”, en *University of Florida LAW Review*, núm. 37, 1985.

SCHUMMAN BARRAGÁN, G., “Comentario a la STC 1/2018, de 11 de enero (Pleno), sobre la inconstitucionalidad del artículo 73.e) de la Ley del Contrato de Seguro”, en *Foro, Nueva época*, vol. 21, núm.1, 2018.

SENÉS MOTILLA, C., “Las partes en el proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, núm. 1, 2000.

— “Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación” en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, [Armenta Deu/Pereira Puigvert, coords.], Marcial Pons, Madrid, 2018.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., “Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea” en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (Jiménez Conde/Fuentes Soriano, dir. y González Cano, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995.

SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación, tutela adecuada a los conflictos civiles, en *Tratado de mediación* (Blanco García, ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.



STEFEL MORENO, A., “Consideraciones sustantivas y procesales sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial de bienes hipotecados”, en *Diario La Ley*, núm. 8075, 2013.

TAMAYO HAYA, “La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, vol. 1, (García Villaluenga/ Tomillo Urbina, coords.), Reus, Madrid, 2010.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Artículo 222. Cosa juzgada material”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Cordón Moreno/Armenta Deu/Muerza Esparza/Tapia Fernández, coords.), Aranzadi, Navarra, 2001.

VALLINES GARCÍA, E., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 (419/2017). Costas en litigios sobre cláusulas suelo y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina* (Yzquierdo Tolsada, coord.), Dykinson, Madrid, 2017.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (Fernández Canales, coord.), Reus, Madrid, 2010.

VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Las costas procesales de primera y segunda instancia en los casos de cambio jurisprudencial motivado por la doctrina del TJUE, Comentario a la Sentencia de Pleno, de 4 de julio”, en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2017.

VIOLA DEMESTRE, I., “La mediación en la gestión del impago de los préstamos y créditos hipotecarios en Cataluña: una institucionalización singular”, en *Oñati socio-legal series*, núm. 4, 2019.

## **ANEXO**



## 1. JURISPRUDENCIA CITADA

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Materos/España*.
- STEDH, de 26 de febrero de 2002, asunto *Fretté/Francia*.

### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJCE, de 27 de septiembre de 1988, asunto C-263/86, *Humbel/Endel*.
- STJCE (Sala 6ª), 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl*.
- STJCE (Sala 1ª), de 20 de enero de 2005, asunto C-412/03, *Hotel Scandic Gåsabäck AB/Riksskatteverket*.
- STJCE (Sala 2ª), de 20 de enero de 2005, asuntos acumulados C-464/01 y C-46/01, *Gruber/Bay Wa AG*.
- STJCE (Gran Sala), de 25 de octubre de 2005, asunto C-350/03, *Schulte*.
- STJCE (Sala 2ª), de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06, *Hamilton*.
- STJUE (Sala 2ª), de 20 de mayo de 2010, asunto C-56/09, *Emilio Zanotti/Angezia delle Entrate*.
- STJUE (Sala 1ª), 14 de junio de 2012, asunto C-618, *Banco Español de Crédito*.
- STJUE (Sala 1ª), 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*.
- STJUE (Sala 1ª), de 14 de marzo de 2013, asunto C-419-11, *Ceská sporitelna, a.s./Gerald Feitcher*.
- STJUE (Sala 1ª), de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, *Asbeek Brusse*.
- STJUE (Sala 1ª), de 3 de octubre de 2013, asunto C-59/12, *BKK/Wettbewerbszentrale*.
- STJUE (Sala 3ª), de 27 de junio de 2013, asunto C-492/11, *Ciro Di Donna/Società imballaggi metallici Salerno*.
- STJUE (Sala 3ª), de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, *Monika Kušionová y SMART Capital*.
- ATJUE (Sala 6ª), de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, *Tarcau*.
- STJUE (Sala 4ª), de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, *Horatiu Ovidiu Costea&SC Volksbank România*.
- STJUE (Sala 1ª), de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, *Sales Sinués/Caixabank y Drame Ba/Catalunya Caixa*.
- ATJUE (Sala 10ª), de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15, *Dimitras*.

- ATJUE (Sala 6ª), de 19 de septiembre de 2016, asunto, C- 74/15, *Tarcău*.
- STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, *Gutiérrez Naranjo/CajaSur Banco*, C-307/15, *BBVA/Banco Popular* y C-308/15 *Irlés López/Torres Andreu*.
- ATJUE (Sala 10ª), de 27 de abril de 2017, asunto C-535/16, *Bachman*.
- STJUE (Sala 1ª), de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, *Livio Menini y María Antonia Rampanelli/Banco Popolare*.
- STJUE (Sala 4ª, de 25 de enero de 2018, asuntos acumulados C-498/16, *Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited*, C-616/16 y C-617/16, *Gianni Pantuso* y otros.
- STJUE (Sala 5ª), de 4 de octubre de 2018, asunto C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite/Evelina Kamenova*.
- STJUE (Sala 5ª), de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16, *KdG/Susan Romy*.
- STJUE (Sala 1ª), de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank/St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*.
- STJUE (Sala 1ª), de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18, *Petruchová*.
- STJUE (Sala 4ª), de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18, *AU y Reliantco Investments LTD*.
- STJUE (Sala 4ª), de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19, *CY/CaixaBank* y C-259/19, *LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*.

### **Tribunal Constitucional**

- STC (Pleno), núm.11/1981, de 8 de abril.
- STC (Pleno), núm. 37/1981, de 16 de noviembre (núm. de recurso: 814/1981).
- STC (Sala 2ª), núm. 75/1984, de 27 de junio (núm. de recurso: 765/1983).
- STC (Sala 1ª), núm. 60/1989, de 16 de marzo (núm. de recurso: 963/1987).
- STC (Sala 1ª), núm. 182/1990, de 15 de noviembre (núm. de recurso: 437/88).
- STC (Pleno), núm. 62/1991. de 22 de marzo (núm. de recurso: 376/85).
- STC (Sala 1ª), núm. 217/1991 de 14 de noviembre (núm. de recurso: 1850/88).
- STC (Sala 1ª), núm. 81/1992, de 28 de mayo (núm. de recurso: 1852/88).
- STC (Sala 1ª), núm. 145/1992, de 13 de octubre(núm. de recurso: 1071/89).
- STC (Sala 2ª), núm. 355/1993, de 29 de marzo (núm. de recurso: 612/1991).
- STC (Sala 1ª), núm. 288/1993, de 4 de octubre (núm. de recuso: 512/91).
- STC (Pleno), núm. 174/1995, de 23 de noviembre (cuestiones de inconstitucionalidad núms.: 2112/91 y 2368/95).

- STC (Sala 1ª), núm. 75/1996, de 30 de abril (núm. de recurso: 540/94).
- STC (Pleno), núm. 113/2002, de 9 de mayo (cuestión de inconstitucionalidad 4098/95).
- STC (Sala 2ª), núm. 100/2003, de 2 de julio (núm. de recurso: 3201/99).
- STC (Sala 1ª), núm. 252/2006, de 25 de julio (núm. de recurso: 2167/2004).
- STC (Sala 1ª), núm. 17/2008, de 31 de enero (núm. de recurso: 3323/2005).
- STC (Pleno), núm. 31/2010, de 28 de junio (núm. de recurso: 8045/2006).
- STC (Pleno), núm. 1/2012, de 13 de enero (núm. de recurso: 71/2001).
- SCCI, núm. 272/2012, de 24 de octubre.
- STC (Pleno), núm. 119/2014, de 16 de julio (núm. de recurso: 5603/2012).
- STC (Pleno), núm. 142/2014, de 11 de septiembre (núm. de recurso: 4806/2009).
- STC (Pleno), 8/2015, de 22 de enero (núm. de recurso: 5610/2012).
- STC (Sala 1ª), núm. 10/2015, de 2 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad núm.: 6926/2013).
- STC (Pleno), núm. 62/2016, de 17 de marzo (núm. de recurso: 5831/2014).
- STC (Pleno), núm. 140/2016, de 21 de julio (núm. de recurso: 973/2013).
- STC (Pleno), núm. 1/2018, de 11 de enero (cuestión de inconstitucionalidad núm.: 2578/2015).
- STC (Pleno), núm. 54/2018, de 22 de junio (núm. de recurso: 5459/2015).
- STC (Pleno), núm. 55/2018, de 24 de mayo (núm. 3628-2016).
- STC (Pleno), núm. 31/2010, de 28 de junio (núm. de recurso: 8045/2006).
- STC (Sala 1ª), núm. 17/2021, de 15 de febrero (núm. de recurso: 3956/2018).
- STC (Pleno), núm. 156/2021, de 16 de septiembre (núm. de recurso: 1960/2017).

### **Tribunal Supremo**

- STS (Sala 1ª), núm. 1017/1993, de 6 de noviembre (núm. de recurso: 1374/1988).
- STS (Sala 1ª), núm. 540/1996, de 25 de junio (núm. de recurso: 3210/1996).
- STS (Sala 4ª), núm. 2563/1998, de 20 de octubre (núm. de recurso: 3321/1997).
- STS (Sala 1ª), núm. 41/1999, de 30 de enero (núm. de recurso: 2281/1994).
- STS (Sala 3ª), núm. 571/2000, de 22 de mayo (núm. de recurso: 518/1998).
- STS (Sala 1ª), núm. 776/2007, de 9 de julio (núm. de recurso: 3011/2000).
- STS (Sala 1ª), núm. 199/2010, de 5 de abril de 2010 (núm. de recurso: 2371/2005).
- STS (Sala 1ª), núm. 241/2013, de 9 de mayo (núm. de recurso 485/2012).
- STS (Sala 1ª), núm. 2202/2015, de 18 de enero (núm. de recurso: 2202/2015).

- STS (Sala 3ª), núm. 2981/2015, de 23 de marzo (núm. de recurso: 2868/2013).
- STS (Sala 1ª), núm. 139/2015, de 25 de marzo (núm. de recurso: 138/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 676/2016, de 11 de mayo (núm. de recurso: 1489/2013).
- STS (Sala 1ª), núm. 483/2016, 14 de julio (núm. de recurso: 1668/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 16/2017, de 16 de enero (núm. de recurso: 2718/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 224/2017, de 5 de abril (núm. de recurso: 2783/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 419/2017 de 4 de julio (núm. de recurso: 2425/2015).
- STS (Sala 1ª), núm. 419/2017, de 4 de julio (núm. de recurso: 2425/2015).
- STS (Sala 1ª), núm. 463/2017, de 19 de julio (núm. de recurso: 546/2015).
- STS (Sala 1ª), núm. 16/2017, de 16 de enero (núm. de recurso: 2718/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 37/2017, de 20 de enero (núm. de recurso: 2959/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 38/2017, de 20 de enero (núm. recurso: 3238/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 39/2017, de 20 de enero (núm. de recurso: 3264/2014).
- STS (Sala 1ª), núm. 472/2020, de 17 de septiembre (núm. de recurso: 5170/2018).
- STS (Sala 1ª) núm. 594/2017, de 7 de noviembre (núm. recurso: 3282/2014).
- STS (Sala 1ª) núm. 643/2017, de 24 de noviembre (núm. de recurso: 514/2015).
- STS (Sala 1ª) núm. 24/2018, de 17 de enero (núm. de recurso: 1412/2015).
- STS (Sala 1ª), núm. 25/2018, de 18 de enero (núm. de recurso 1667/2015).
- STS (Sala 1ª), núm. 42/2018, de 26 de enero (núm. de recurso: 1713/2015).
- STS (Sala 1ª), núm. 314/2018, de 28 de mayo (núm. de recurso: 1913/2015).
- STS (Sala 1ª), núm. 449/2018, de 13 de julio (núm. de recurso: 1029/2017).
- STS (Sala 1ª), núm. 127/2019, de 4 de marzo (núm. de recurso: 1509/2016).
- STS (Sala 1ª), núm. 128/2019, de 4 de marzo (núm. de recurso: 3409/2016).
- STS (Sala 3ª), núm. 1709/2019, de 29 de mayo (núm. de recurso: 3791/2018).
- STS (Sala 1ª), núm. 307/2019, de 3 de junio (núm. de recurso: 3958/2016).
- STS (Sala 1ª), núm. 472/2020, de 17 de septiembre (núm. de recurso: 5170/2018).
- STS (Sala 1ª), núm. 510/2020, de 6 de octubre (núm. de recurso: 3243/2017).
- STS (Sala 1ª), núm. 35/2021, de 27 de enero (núm. de recurso: 1926/2018).
- STS (Sala 1ª), núm. 36/2021, de 27 de enero (núm. de recurso: 1358/2018).
- STS (Sala 1ª), núm. 40/2021, de 2 de febrero (núm. de recurso: 659/2018).
- STS (Sala 1ª), núm. 232/2021, de 21 de abril (núm. de recurso: 1619/2018).
- STS (Sala 1ª), núm. 502/2021, de 7 de julio (núm. de recurso: 677/2020).

## **Tribunales Superiores de Justicia**

- STSJ de Galicia (Sección 2ª), núm. 963/2013 de 23 diciembre. (JUR 2014/28740).
- STSJ de Galicia (Sección 1ª), núm. 484/2014, de 16 julio (JUR 2014/216746).
- STSJ de Madrid, (Sección 1ª), núm. 64/2015 de 16 septiembre (JUR 2015/242481).
- STSJ de Madrid (Sección 1ª), núm. 83/2015 de 17 noviembre (AC 2016/524).
- STSJ de Madrid (Sección 1ª), núm. 41/2018, de 14 de noviembre (AC 2018/1834).

## **Audiencias Provinciales**

- SAP de Jaén (Sección 2ª), de 20 de enero de 2006 (JUR 2006/116719).
- SAP de Alicante (Sección 5ª), de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007/116759).
- SAP de las Palmas (Sección 5ª), de 21 de marzo de 2007 (JUR 2007/148605).
- SAP de Barcelona (Sección 4ª), de 6 de mayo de 2013 (JUR 2013/222884).
- SAP de Vizcaya (Sección 4ª), de 3 de febrero de 2014 (JUR 2014/183205).
- SAP de Cádiz (Sección 2ª), de 15 de julio de 2014 (JUR 2014/258601).
- SAP de Salamanca (Sección 4ª), de 30 de julio de 2014 (núm. de recurso: 442/2014).
- SAP de Málaga (Sección 5ª), de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2015/54521).
- SAP de Madrid (Sección 4ª), de 3 marzo de 2015 (núm. de recurso: 150/2014).
- AAP de Barcelona (Sección 1ª), núm. 173/2017, de 16 de mayo (núm. de recurso 275/2017).
- AAP de Barcelona (Sección 14ª), de 29 de junio de 2016 (núm. de recurso:127/2016).
- AAP de Gerona (Sección 1ª), de 29 de junio de 2016 (núm. de recurso: 719/2015).
- SAP de Pontevedra, (Sección 1ª), de 30 de junio de 2017 (ROJ: 1393/2017).
- SAP de Cuenca (Sección 1ª), 5 de julio de 2017 (núm. de recurso: 165/2017).
- SAP de Cáceres (Sección 1ª), de 12 de julio de 2017 (núm. de recurso: 123/2016).
- SAP de Málaga (Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2017 (JUR 2017/398).
- SAP de Barcelona (Sección 13ª), de 19 de julio de 2019 (núm. de recurso 910/2019).
- SAP de Barcelona (Sección 13ª), de 2 de septiembre de 2019 (núm. de recurso: 518/2019).
- SAP (Sección 15ª), de 26 de septiembre de 2019 (núm. de recurso: 1700/2018).
- SAP de Alicante (Sección 8ª), de 18 de febrero de 2020 (núm. de recurso: 429/2019).
- SAP de Salamanca (Sección 1ª), de 10 de marzo 2020 (núm. de recurso:116/2020).
- SAP Álava (Sección 1ª), de 18 de mayo de 2020 (núm. de recurso: 214/2020).



- SAP Álava (Sección 1ª), de 18 de mayo de 2020 (núm. de recurso: 252/2020).
- SAP de Cádiz (Sección 5ª), de 19 de junio de 2020 (núm. de recurso: 673/2018).
- SAP de Castellón (Sección 3ª), de 29 de julio de 2020 (núm. de recurso: 252/2019).
- SAP de Cáceres (Sección 1ª), de 12 de noviembre de 2020 (núm. de recurso: 574/2019).
- SAP de Cáceres (Sección 1ª), de 12 de noviembre de 2020 (núm. de recurso: 588/2019).
- SAP de Tarragona (Sección 1ª), de 13 de enero de 2021 (núm. de recurso: 529/2019).
- SAP de Tarragona (Sección 1ª), de 13 de enero de 2021 (núm. de recurso: 979/2019).
- SAP de Lérida (Sección 1ª), de 14 de enero de 2021 (núm. de recurso: 917/2019).
- SAP Lérida (Sección 2ª), de 14 de enero de 2021 (núm. de recurso: 1160/2019).
- SAP de Tarragona (Sección 3ª), de 14 de enero de 2021 (núm. de recurso: 251/2019).
- SAP Tarragona (Sección 3ª), de 4 de febrero de 2021 (núm. de recurso: 346/2019).
- SAP Lérida (Sección 2ª), de 4 de febrero de 2021 (núm. de recurso: 625/2019).
- SAP de Ávila (Sección 1ª), de 16 de febrero de 2021 (núm. de recurso: 14/2020).
- SAP de Ávila (Sección 1ª), de 16 de febrero de 2021 (núm. de recurso: 372/2020).
- SAP de Tarragona (Sección 3ª), de 18 de febrero de 2021 (núm. de recurso; 300/2020).
- SAP de Cuenca (Sección 1ª), de 28 de septiembre de 2021 (núm. de recurso: 195/2021).
- SAP de Guadalajara (Sección 1ª), de 1 de octubre de 2021 (núm. de recurso: 452/2020).
- SAP de Cuenca (Sección 1ª), de 13 de octubre de 2021 (núm. de recurso: 207/2021).

### **Audiencia Nacional**

- SAN (Sección 1ª), de 2 de octubre de 2018 (ROJ: 3715/2018).
- SAN (Sección 1ª), de 9 de octubre de 2018 (ROJ: 5016/2018).
- SAN (Sección 1ª), de 10 de octubre de 2018 (ROJ: 3958/2018).
- SAN (Sección 6ª), de 24 de julio de 2019 (núm. de recurso: 246/2015).

### **Juzgados de lo Mercantil**

- SJM (núm. 1), de Sevilla, núm. 9/2915, de 8 de enero (núm. de recurso: 1184/2014).