LA DEFENSA COLECTIVA
DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS
Especial atención al sistema extrajudicial de conflictos y la nueva normativa europea

ADICAE
Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros

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

Diciembre de 2013

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

EXTRAJUDICIAL

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

1.1. Introducción y precisiones terminológicas: intereses generales, colectivos y difusos de los consumidores, y acciones de cesación e indemnizatorias. -pág. 10

1.2. El departamento de atención al cliente, el defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, y la defensa colectiva de los intereses de los consumidores. -pág. 13

1.3. El arbitraje de consumo como vía de defensa colectiva de los usuarios de servicios financieros. -pág. 24

1.4. Otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. -pág. 42

1.5. La Unión Europea y el recurso colectivo de los consumidores. -pág. 48

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

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

JUDICIAL

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

3.1. La tutela judicial colectiva de consumidores y usuarios en el derecho derivado de la UE: De las acciones colectivas de cesación a las acciones colectivas por daños. -pág. 96

3.2. Marco legal de la tutela colectiva, en vía judicial, de los derechos e intereses de los consumidores de productos y servicios financieros en el derecho español. Valoración crítica. -pág. 99

3.3. Valoración crítica y aspectos del Derecho español que es necesario reformar para la plena eficacia de la tutela colectiva de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios en nuestro ordenamiento jurídico. -pág. 116

3.4. Análisis práctico y conclusiones de la experiencia de los procedimientos judiciales colectivos como mecanismo de protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores en la contratación de productos y servicios financieros. -pág. 120

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

4.1. Necesidad de encontrar la solución más favorable a la protección de los consumidores, como principio inspirador del ordenamiento jurídico y objetivo de política comunitaria. Examen desde el derecho de tutela efectiva. -pág. 146

4.2. Acumulación de la acción colectiva de cesación y las acciones individuales de los consumidores. Acumulación subjetivo-objetiva. -pág. 148

4.3. Acumulación subjetiva de las acciones individuales ejercitadas por los consumidores afectados. -pág. 156

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

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

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

Manuel Pardos (Presidente de ADICAE)

Extrajudicial

La defensa extrajudicial colectiva de los consumidores

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

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

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

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

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

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

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

Manuel Jesús Marín López

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los tradicionales mecanismos procesales de tutela del consumidor son insuficientes.

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

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

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

Los intereses colectivos de los consumidores son algo más que la suma de los intereses individuales (subjetivos) de cada uno de ellos. Los intereses son colectivos, no porque sean intereses de muchos, sino *porque sólo se satisfacen planteando un conflicto de naturaleza colectiva,* es decir, ejerciendo un control sobre una actividad dirigida a una generalidad –normalmente indeterminada- de personas, o reclamando la reparación global del daño ya producido[1]. Los intereses son colectivos porque la afectación que puede sufrir un concreto individuo (consumidor) es casual y contingente, y no necesaria; aunque la actividad de la empresa (publicidad, puesta en circulación de un producto, etc.) se ha diseñado con el fin de alcanzar al máximo número posible de destinatarios, de modo que cualquier irregularidad perjudicará, potencialmente, a un elevado número de sujetos. En definitiva, lo colectivo está en el modo de ser del comportamiento que quiere controlarse, y no el número de individuos afectados[2].

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

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

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

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

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

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

Con la finalidad de tutelar jurídicamente los intereses colectivos de los consumidores, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos tipos de acciones. Por una parte, se permite el ejercicio de acciones dirigidas a obtener el resarcimiento de daños individualmente sufridos por los integrantes de un grupo, ya se trate de una pluralidad de consumidores determinados o fácilmente determinables, ya se trate de consumidores indeterminados o de difícil determinación (defensa de los intereses colectivos y defensa de los intereses difusos, respectivamente, en la terminología empleada por el art. 11 LEC). Por otra parte, existe la posibilidad de utilizar acciones de cesación, dirigidas a poner fin a una práctica contraria a la normativa protectora de los consumidores[3].

Las diferencias entre estos dos tipos de acciones son claras. En las acciones de reparación de daños colectivos o difusos se busca una tutela indemnizatoria o reparatoria. En las acciones de cesación, en cambio, se persigue una tutela preventiva, en particular, el cese de una actividad ilícita o irregular potencialmente dañosa. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, el interés protegido en ambos casos es el mismo (los intereses colectivos de los consumidores). La diferencia estriba, por tanto, no en la naturaleza del interés tutelado, sino en la forma de protección (preventiva o indemnizatoria).

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

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

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

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

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

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

1.2.1. Delimitación, organización y funciones de estas entidades.

La Orden de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de crédito, previó la creación del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Sin embargo, ya antes algunas entidades de crédito habían creado la figura del defensor del cliente (el primero, el Banco de Bilbao, en 1986). Ambas instituciones –defensor del cliente y Servicio de Reclamaciones- han tenido durante muchos años su regulación en la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y en la Circular 8/1990, que la desarrolla (Circular 8/1990, del Banco de España, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela). Se instauró un sistema de doble escalón para atender a las reclamaciones de los clientes bancarios: i) el defensor del cliente, a quien necesariamente había que recurrir si la entidad de crédito disponía del mismo; ii) y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero[4] introduce importantes cambios en esta materia. En sus arts. 22 a 31, y bajo la rúbrica "defensa del cliente de servicios financieros", se crea el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, y se regula también el departamento de atención al cliente y el defensor del cliente (art. 29), precepto éste que ha sido desarrollado por la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras[5].

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

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

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

[5] BOE nº 72, de 24 de marzo de 2004.

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

signados, y de que su tarea la ha seguido realizando, en el ámbito de los servicios bancarios, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la Ley 2/2011 no hace sino adaptar la ley a esa situación real. Por eso, suprime los Comisionados para la Defensa de los Clientes de Servicios Financieros (deroga los arts. 22 a 28 de la Ley 44/2002, y el RD 303/2004), y atribuye sus funciones, en el ámbito que ahora nos interesa, al Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en el nuevo art. 30 de la Ley 44/2002, que recibe nueva redacción por la Disp. Final 11ª de la Ley 2/2011). En esta línea, el art. 31 de la Ley 2/2011 dispone que "los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ejercerán sus facultades en materia de protección a los usuarios de servicios financieros en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero". Además, el Ministerio de Economía y Competitividad ha dictado la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, que regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones[6].

Conforme a lo expuesto, la actual normativa reguladora de los servicios de atención al cliente de entidades financieras, el defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España se contiene en los arts. 29 a 31 de la Ley 44/2002; la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras; y la Orden ECC/2502/2012, pues en la medida en que para presentar una reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España antes hay que haber reclamado al servicio de atención al cliente o al defensor del cliente, algunas de las previsiones contenidas en la Orden ECO/734/2004 deben verse matizadas o interpretadas a la luz de la Orden ECC/2502/2012.

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

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

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

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

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

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

El departamento de atención al cliente y el defensor del cliente deben resolver las quejas y reclamaciones en el plazo máximo de dos meses. La decisión habrá de ser motivada, y deberá contener "unas conclusiones claras sobre la solicitud planteada en cada queja o reclamación, fundándose en las cláusulas contractuales, las normas de transparencia y protección aplicables, así como las buenas prácticas y usos financieros" (art. 15 Orden ECO/734/2004). Además, si la decisión se aparta de los criterios adoptados anteriormente en expedientes similares, habrá de aportar las razones que justifiquen el cambio. Se pretende de este modo fomentar el establecimiento de criterios uniformes de resolución.

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

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

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

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

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

El expediente concluirá con un informe. El informe, que será motivado, deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones que se hayan planteado en la reclamación. Además deberá pronunciare acerca de si se ha producido o no un quebranto de las normas de transparencia bancaria y protección de la clientela, y si la conducta de la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros (art. 12.3 Orden ECC/2502/2012). El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha reiterado en sus memorias anuales, el informe no debería ocuparse de la interpretación y aplicación de normas de derecho privado sobre obligaciones y contratos. Sin embargo, ocurre que para determinar lo que es una buena o mala práctica bancaria, en ocasiones se acude a la aplicación, o al menos la interpretación, de una norma jurídica de derecho privado. Esta idea, ya apuntada por el Servicio de Reclamaciones, se hace hoy más patente en la nueva regulación, pues se establecen dos nuevos criterios en los que los clientes bancarios pueden fundamentar sus reclamaciones: la violación de sus derechos legalmente reconocidos, y la violación de los derechos derivados de los contratos (incumplimiento contractual) [art. 30.1.I de la Ley 44/2002].

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

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

ECC/2502/2012). Además, el informe no puede fijar una valoración económica del daño causado ni establecer una indemnización de daños y perjuicios [art. 10.1.c) Orden ECC/2502/2012]. Por último, el informe carece de fuerza vinculante para el reclamante y para la entidad de crédito (arts. 30.2 Ley 44/2002, y 12.6 Orden ECC/2502/2012). Ello no significa, sin embargo, que carezca de toda utilidad. Por una parte, porque muchas entidades de crédito cumplen "voluntariamente" el informe cuando éste les condena, pues esta información se incluirá en la Memoria anual del Servicio de Reclamaciones, y a las entidades de crédito les interesa constar en esa Memoria como entidades cumplidoras. Por otra, el informe constituye un instrumento de inestimable ayuda para el juez en el momento de valorar los hechos. La realidad demuestra que los informes desfavorables para las entidades de crédito, en cuanto ponen de manifiesto la comisión de errores en la actuación de las entidades, son objeto de especial consideración por los órganos jurisdiccionales.

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

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

1.2.2. Objeto de la reclamación.

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

Hay que distinguir entre quejas y reclamaciones. Tienen la consideración de "quejas" las presentadas por los usuarios de servicios financieros por las demoras, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación deficiente que se observe en el funcionamiento de las entidades financieras. Sin embargo, son "reclamaciones" las que, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, ponen de manifiesto hechos concretos referidos a acciones u omisiones de la entidad financiera reclamada que causan un perjuicio en

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

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

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

Teniendo en cuenta el objeto de la reclamación, no cabe formular ante el servicio de atención al cliente, el defensor del cliente o el SRBE la pretensión típica de una acción de cesación; esto es, no puede reclamarte ante estos órganos la cesación de una conducta de la entidad financiera contraria a la normativa protectora del consumidor, la supresión de elementos ilícitos de esa conducta o su corrección. Evidentemente, estas pretensiones tampoco pueden ser el objeto de una queja.

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

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

1.2.3. Legitimación para reclamar.

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

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

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

1) "Están legitimados para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en su condición de usuarios de servicios financieros las personas o entidades que actúen en defensa de los intereses particulares de sus clientes, partícipes o inversores, los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos, así como los partícipes y beneficiarios de planes de pensiones" (art. 3.2 Orden ECC/2502/2012). A pesar de la confusa redacción, se trata en realidad de personas, entidades o asociaciones que actúan en representación de varios clientes o terceros afectados (asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados, en caso de seguros o pensiones). No ostentan una representación colectiva, sino una representación individual de varios sujetos.

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

2) "Igualmente, podrán presentar quejas o reclamaciones y formular consultas las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, siempre que tales intereses resulten afectados y aquéllas estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores" (art. 3.3 Orden ECC/2502/2012).

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

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

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

1.2.4. ¿Defensa de intereses colectivos o difusos?

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

Ya se ha señalado que estos organismos no pueden conocer de reclamaciones que pretenden la cesación de aquellas conductas o comportamientos que, practicados por las entidades financieras, son ilegales porque lesionan los derechos e intereses de los consumidores. Esta pretensión, que es el objeto típico de una acción judicial de cesación, no puede plantearse ante estos organismos, pues la propia naturaleza de la petición queda fuera del concepto de "queja" y de "reclamación".

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

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

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

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

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

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

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

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

No se prevé la acumulación de procedimientos en las reclamaciones presentadas ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente. En estos casos cada reclamación (cada expediente) debe concluir con una decisión motivada, que será notificada al reclamante. Ello no impide, sin embargo, que las normas de funcionamiento del servicio de atención al cliente o del defensor del cliente de cada entidad financiera permitan que varias reclamaciones de un mismo usuario puedan ser acumuladas y se resuelvan en una única decisión. Lo que está justificado en elementales razones de economía procedimental.

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

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

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

La reclamación colectiva deberá presentarse a través de un único representante (art. 9.2 Orden ECC/2502/2012). La norma no señala quién puede ser ese representante. De ello cabría deducir que puede ser cualquier persona, física o jurídica, incluso uno de los propios reclamantes individuales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los arts. 3.3 y 9.2 de esta Orden permiten llegar a la conclusión de que sólo una asociación de consumidores inscrita o una cooperativa de consumidores inscrita pueden interponer una reclamación de este tipo. En realidad, la asociación no tiene legitimación para representar a una colectividad de consumidores, sino sólo a aquellos que efectivamente reclaman al SRBE a través de la asociación (legitimación como suma de reclamaciones individuales). Se trata, por tanto, una legitimación distinta a la que ostentan las asociaciones de consumidores para ejercitar las acciones indemnizatorias colectivas a que se refiere el art. 11.2 y 3 LEC. Si es así, no se entiende por qué la asociación de consumidores ha der ser de ese tipo (de las legalmente habilitadas para la defensa de los intereses colectivos). Es más, no se comprende por qué la reclamación colectiva ha de ser interpuesta por una asociación de consumidores. Parece más adecuada la regla que atribuye la legitimación para interponer reclamaciones colectivas a cualquier sujeto, siempre que actúe en representación de todos los reclamantes individuales; éste es el modelo adoptado para las reclamaciones colectivas ante el Servicio de Reclamaciones de la CNMV (normas 4ª y 8ª de la Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la CNMV)[8]

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

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

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

El SRBE deberá tramitar las reclamaciones colectivas como un único expediente y pronunciarse sobre éstas en una única resolución (art. 9.4 Orden ECC/2502/2012). Por tanto, el SRBE emitirá un único informe, en el que se dará respuesta separada a cada una de las peticiones individuales incluidas en esa reclamación colectiva.

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

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

La "reclamación colectiva" sólo se puede formular ante el SRBE. La normativa vigente no contempla que una reclamación de este tipo pueda plantearse ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente. En cualquier caso, si varios usuarios presentan una reclamación colectiva ante estos organismos, lo más adecuado es que, si cada una de las peticiones individuales que la integran cumplen los requisitos de contenido de la reclamación exigidos en el art. 11.2 de la Orden ECO/734/2004, no haya una inadmisión a trámite, sino que la reclamación siga su tramitación normal, pero abriendo tantos expedientes individuales como reclamantes haya (salvo que el reglamento de funcionamiento de la oficina de atención al cliente o del defensor del pueblo establezcan otra cosa).

Este procedimiento de "reclamación colectiva" no puede utilizarse para solicitar el cese de una conducta ilegal de una entidad financiera, ni sirve tampoco para reclamar una indemnización causada a un grupo determinado de clientes de esa entidad; pues la petición de una indemnización de daños no puede tramitarse nunca a través de una reclamación al SRBE, según se indica en el art. 10.1.c) de la Orden ECC/2502/2012.

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

1.2.5. CONCLUSIONES.

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

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

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

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

Estos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos son muy ineficientes.

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

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

1.3.1. Arbitraje de consumo y servicios financieros.

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

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

En cuanto a la delimitación objetiva, la regla general es que son susceptibles de arbitraje de consumo los conflictos que versen "sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho" (art. 2.1 RDAC, en idénticos términos que el art. 2.1 LArb). Sin embargo, no puede acudirse al arbitraje de consumo cuando los conflictos versan sobre intoxicación, lesión, muerte o existen indicios racionales de delito (art. 57.1 TRLGDCU). La exclusión se extiende a la responsabilidad civil por daños y perjuicios directamente derivados de estos hechos (art. 2.2 RDAC). Fuera de los casos del art. 2.2 RDAC, es claro que los daños contractuales son materia arbitrable; incluso los daños contractuales de tipo secuencial derivados de la adquisición de bienes o servicios (pe, daños causados en la persona o bienes del consumidor comprador, distintos del bien de consumo). La norma no aclara, sin embargo, si son arbitrales las controversias que tienen un origen no contractual (en particular, los daños causados en bienes de terceros por productos defectuosos o los daños extracontractuales). Pero la respuesta ha de ser negativa, pues el arbitraje de consumo sólo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo (art. 24.1.I RDAC), y éstas, por definición, se caracterizan por su origen contractual[9].

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

No existe un arbitraje de consumo especial en materia de servicios financieros. Los conflictos en este ámbito se someten al arbitraje de consumo "general" del RDAC. En efecto, el consumidor y la entidad de crédito pueden someter a arbitraje de consumo cualquier conflicto derivado del incumplimiento del contrato, incluso la posible reclamación de daños y perjuicios, salvo que existan indicios racionales de delito (las otras materias no arbitrables del art. 57.1 TRLGDCU parece que no pueden ocurrir

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hay que partir de la distinción entre una OPASAC normal u ordinaria (aunque el RD no usa estos términos), y una OPASAC "limitada"[10]. Cada una de ellas tiene su propio régimen de autorización. Resulta llamativo, sin embargo, que la norma no defina qué es una OPASAC limitada. En línea de principio, hay que entender que se reputa como tal aquella OPASAC que contiene alguna limitación, sea del tipo que sea (cuantitativa, cualitativa, territorial, temporal, etc.). Sin embargo, se enumeran varios casos de OPASAC que contienen limitaciones y que, sin embargo, no deben calificarse como "OPASAC limitadas". Son aquellas que tengan carácter temporal, siempre que la adhesión se realice por un período no inferior a un año; aquéllas que limiten la adhesión a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa o profesional desarrolla principalmente su actividad; y aquéllas que condicionan el conocimiento del conflicto a través del arbitraje de consumo a la previa presentación de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que el recurso a tales mecanismos sea gratuito y se preste información sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato (art. 25.3 RDAC). Esta última hipótesis puede darse en la OPASAC que haga una entidad de crédito: puede adherirse al sistema arbitral de consumo, y permitir que el consumidor le reclame vía arbitral, pero vinculándolo a que antes el consumidor reclame al servicio de atención al cliente de esa entidad. Esta OPASAC no es limitada.

Aunque los borradores previos eran más explícitos que el texto definitivo, la idea motriz del RDAC es que el empresario no puede hacer una OPASAC limitada. Sin embargo, "podrán admitirse ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo, en particular, en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o en los que no exista una suficiente implantación del sistema" (art. 26 RDAC). De la expresión "en particular" se deduce que no se trata de las dos únicas hipótesis en las que pueden aceptarse OPASAC limitadas, y que, en definitiva, se concede una gran libertad a las Juntas Arbitrales para decidir sobre su admisión. En consecuencia, una entidad de crédito podrá formular

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

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

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

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

1.3.2 Reclamaciones individuales en el arbitraje de consumo.

El sistema arbitral de consumo es competente para conocer de las reclamaciones individuales de consumidores. Así se deducía con claridad de los arts. 2.1, 3.1 y 5 del viejo RD 636/1993[11], y así sigue siendo en el actual RDAC, según resulta de los arts. 1.2 y 34[12]. Este último precepto regula la presentación de solicitud de arbitraje por el consumidor, estableciendo que en ella debe mencionarse el nombre, apellidos, domicilio y nacionalidad del "solicitante" (en singular). En consecuencia, el arbitraje de consumo conoce de reclamaciones individuales de consumidores contra empresarios, en los que se resuelven los conflictos surgidos en relación con un contrato celebrado entre ambos.

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

---

[11] MARÍN LÓPEZ, M. J., "Presente y futuro…", *cit.*, pp. 13.

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

tral [art. 37.3.a) RDAC]; y si no está adherida, se dará traslado al empresario para que acepte o no la solicitud de arbitraje en el plazo de quince días [art. 37.3.b) RDAC]. Si el empresario puede rechazar el arbitraje íntegramente, parece que no hay obstáculo en que decida aceptar la solicitud de arbitraje sólo en relación a unos sujetos reclamantes, y denegarla para otros.

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

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

Es llamativo cómo en este punto el RDAC se separa de la regulación anterior. En el art. 5 del viejo RD 636/1993 se recogía expresamente la posibilidad de que la solicitud de arbitraje de un consumidor se presentara a través de una asociación de consumidores. Este hecho tenía relevancia jurídica, pues la designación del colegio arbitral (en particular, del vocal designado en representación de los consumidores) era diferente en función de que la solicitud la formulara personalmente el consumidor o a través de una asociación de consumidores (art. 11.1 RD 636/1993). En el nuevo RDAC la designación de los árbitros la realiza el Presidente de la Junta Arbitral, por turno, entre los que figuran en la lista de árbitros acreditados en esa Junta Arbitral (art. 21 RDAC). Al margen, por tanto, de que la solicitud la presente personalmente el consumidor o a través de una asociación de consumidores.

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

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

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

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

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

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

(i) Existe, en primer lugar, un problema de legitimación activa. Para el ejercicio de las acciones de cesación típicas del art. 54.1 TRLGDCU y de la acción de cesación genérica del art. 54.3 TRLGDCU sólo tiene legitimación los sujetos mencionados en esas normas, y entre ellos no está el consumidor individual. Lo mismo sucede con las acciones de cesación típicas reguladas en otras leyes sectoriales (pe., crédito al consumo o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles): tampoco conceden legitimación activa al consumidor individual. Sólo excepcionalmente, y para casos concretos, se admite la acción de cesación del consumidor individual[14]. Difícilmente puede defenderse que un consumidor individual, que es el único que puede presentar una solicitud de arbitraje conforme al RDAC, puede reclamar a un empresario que cese una conducta o comportamiento contrario a la normativa de protección de consumidores, cuando judicialmente tampoco podría reclamarlo (salvo en casos excepcionales, como la publicidad ilícita).

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

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

[14] Así sucede, por ejemplo, en materia de publicidad ilícita (art. 22.1.II Ley 3/1991), que se la atribuye al sujeto afectado por la publicidad; o en relación con la publicidad de medicamentos [art. 105.1.d) Ley 29/2006], aunque en este caso sólo se concede a "los titulares de un derecho o interés legítima", aunque cabe discutir si un consumidor individual pueden encuadrarse entre ellos.

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

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

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

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

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

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

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

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

en relación con las acciones de cesación, de mucha mayor trascendencia. Por eso, para admitir que vía arbitraje de consumo puede tramitarse una acción de cesación, es preciso un acuerdo expreso de ambas partes[16].

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

Menos problemático es averiguar si las acciones colectivas o difusas del art. 11 LEC pueden ejercitarse por la vía arbitral de consumo. La respuesta ha de ser, sin género de dudas, negativa. Así lo entendió la doctrina bajo la vigencia del viejo RD 636/1993[17], y así ha de ser también con el nuevo RDAC[18], al margen de la consideración que merezca el arbitraje colectivo de los arts. 56 y ss. RDAC.

Por lo tanto, las acciones indemnizatorias colectivas del art. 11 LEC no pueden ejercitarse a través del arbitraje de consumo "general". Y ello con independencia de que los sujetos perjudicados por el hecho dañoso sean un grupo de consumidores perfectamente determinado o de fácil determinación (acciones colectivas), o sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación (acciones difusas); y al margen, por tanto, de que la legitimación activa para la reclamación de la indemnización corresponda a las asociaciones de consumidores, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de éstos, o a los grupos de afectados.

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

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

---

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

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

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

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

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

e) LLAMAMIENTO A LOS CONSUMIDORES AFECTADOS	**Art. 59 RDAC**. Una vez aceptado el arbitraje colectivo por el empresario, se hará un llamamiento a los consumidores afectados mediante la publicaicón en el Boletín Oficial que corresponda y, adicionalmente, por cualquier otro medio que acuerde el Presidente de la Junta Arbitral. El llamamiento lo formula el Presidente de la Junta Arbitral competente, que es la que ha acordado el inicio de las actuaciones. Ese llamamiento debe tener un contenido determinado (**Art. 59.2 RDAC**): el acuerdo de inicio de las actuaciones; la indicación del lugar en el que los interesados podrán tener acceso, en su caso, a la propuesta de acuerdo conciliatorio de la empresa; la mención de que los consumidores disponen de 2 meses para presentar sus solicitudes individuales de arbitraje; y la advertencia de que podrán presentarlas incluso después de esa fecha (pero antes de la fecha prevista para la audiencia), aunque las actuaciones no se retrotraerán. Una vez efectuado el llamamiento, el Presidente de la Junta Arbitral procederá a la designación del órgano arbitral (**Art. 59.3 RDAC**). El órgano arbitral será siempre colegiado (tres árbitros) y su designación se hará conforme a lo previsto en el **art. 21 RDAC**.
f) SUSPENSIÓN DE TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES INDIVIDUALES DE ARBITRAJE Y EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE COLECTIVO	**Art. 60.1 RDAC**. Cuando el empresario ha aceptado el sometimiento al arbitraje colectivo, "se suspende la tramitación de las solicitudes de arbitraje que tengan su causa en los mismos hechos". Por tanto, todas las solicitudes individuales de arbitraje, presentadas por cualquier consumidor en cualquier Junta Arbitral de Consumo, se suspenden. Pero existe una excepción: no procederá la suspensión cuando se hayan iniciado las actuaciones del órgano arbitral. No obstante, hay otra hipótesis en la que cabe la suspensión de la tramitación de la solicitud individual, aunque ya se hayan iniciado las actuaciones del órgano arbitral: cuando el empresario reclamado oponga la excepción de arbitraje colectivo (**art. 60.2 RDAC**). El empresario puede alegar qye esa reclamación individual se incorpore al arbitraje colectivo. En tal caso el órgano arbitral dictará resolución mediante la que se inhibe de conocer de esa reclamación, y a través de la Junta Arbitral que lo constituyó se trasladarán las actuaciones a la Junta Arbitral que conoce del arbitraje colectivo. El empresario no podrá oponer la excepción de arbitraje colectivo más allá de la audiencia.
g) PROCEDIMIENTO ARBITRAL, LAUDO Y EFECTOS DEL LAUDO	**Art. 62 RDAC**. Plazo para dictar el laudo: el cómputo es de 6 meses y se inicia a los 2 meses desde la publicación del llamamiento en el Diario Oficial que corresponda. **Art. 39.1. RDAC**. La designación de los árbitros debe ser notificada a las partes. Una vez que la solicitud individual de arbitraje sea admitida a trámite e integrada en el arbitraje colectivo, el Presidente de la Junta debe notificar al consumidor en cuestión que su solicitud ha sido admitida a trámite y que se integra en el arbitraje colectivo, informándole también de quiénes son los árbitros. **Art. 45.3 RDAC**. En relación con la prueba, la regla es que cada parte debe sufragar el coste de las pruebas por ella propuestas. **Art. 60 RDAC**. El laudo sólo afectará a los concretos consumidores que participan en ese procedimiento arbitral (los que han presentado su solicitud tras el llamamiento o de forma separada porque se estaba tramitando y ha sido traído al arbitraje colectivo). De ese laudo no podrán beneficiarse otros consumidores afectados por esos mismos hechos, ni el laudo constituye para ellos cosa juzgada.
h) CONCLUSIONES	- El arbitraje de consumo colectivo es un mecanismo para resolver, en un mismo procedimiento arbitral, las reclamaciones individuales de varios consumidores. - No se tutelan, por tanto, los daños colectivos de los consumidores. - No sirve para obtener una reparación de los daños individualmente sufridos por los miembros de una colectividad de consumidores. Sólo el consumidore que se persone podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable.

arbitral[19]. En efecto, las resoluciones judiciales que ponen término a las acciones colectivas o difusas tiene efecto de cosa juzgada en relación con todos los perjudicados, se hayan personado o no en el procedimiento. Si lo mismo se aplicara a la acción colectiva o difusa planteada en sede arbitral, sucedería que los consumidores que quisieran personarse tendrían que hacerlo en ese procedimiento arbitral ya iniciado, sin tener opción alguna de acudir a la vía jurisdiccional. Y eso, evidentemente, supondría una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, aunque se admitiera a día de hoy la posibilidad de interponer acciones colectivas por la vía arbitral, un consumidor individual podría acudir a la vía jurisdiccional para defender sus intereses. Además, el sistema arbitral de consumo no prevé los cauces, ni dispone de los mecanismos necesarios, para conocer de este tipo de acciones. Por otra parte, debe señalarse que la LEC no regula las relaciones entre jurisdicción y arbitraje en materia de litispendencia. Por eso, el ejercicio procesal de las acciones colectivas o difusas planteadas por las asociaciones de consumidores no impide que un consumidor individual pueda acudir a la vía arbitral de consumo, en tanto no se haya producido la situación de cosa juzgada. En fin, el laudo arbitral sólo tiene efectos inter partes, lo que no casa bien con la eficacia erga omnes que afecta incluso a sujetos no litigantes en los procesos judiciales que resuelven acciones indemnizatorias del art. 11 LEC (art. 222.3 LEC).

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

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

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

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

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

En junio de 2006 el Grupo de Trabajo de Arbitraje constituido por el INC, y del que formaban parte representantes de todas las Comunidades Autónomas, acordó un texto definitivo de Borrador de Regulación de la Mediación y el Arbitraje de Consumo. Este Borrador contenía un llamativo art. 5.1, cuyo texto era el siguiente:

> "1. La Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, será competente para conocer en las reclamaciones surgidas como consecuencia de conflictos surgidos con empresas que lesionen los derechos de intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que residan en más de una Comunidad Autónoma
>
> No obstante, en los conflictos a que se refiere el párrafo anterior, si la empresa ofreciera con carácter general una solución o se llegara a un acuerdo, que resolviera total o parcialmente la controversia y fuera considerada aceptable por la Junta Nacional, se dará traslado de dicho acuerdo al resto de las Juntas Arbitrales, con el fin de propiciar un acuerdo conciliatorio entre las partes que ponga fin al procedimiento.
>
> Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas, podrán instar a la Junta Arbitral Nacional a alcanzar los acuerdos a que se refiere el párrafo anterior."

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

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

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

En definitiva, una norma de esa naturaleza no podía convertirse en ley, pues adolece de graves deficiencias. Si se quería regular algún tipo de arbitraje colectivo, era más adecuado hacerlo de forma más completa. Eso es precisamente lo que hace el RD 231/2008, al dedicar a esta cuestión un tratamiento específico en los arts. 56 a 62.

1.3.7. La acumulación de solicitudes en un único procedimiento.

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

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

el segundo caso se acumulan procedimientos, o más exactamente, habiéndose iniciado un procedimiento se acumulan al mismo las solicitudes individuales que se van planteando con posterioridad. Es esta segunda tesis la que debe acogerse[20], pues da más campo de juego a la acumulación, y permite reducir más los costes económicos, aunque su articulación práctica puede plantear algunos problemas.

La acumulación de procedimientos es una posibilidad, y no una obligación, para el Presidente de la Junta Arbitral. Éste "podrá" acordar la acumulación, lo que significa actuar con criterios de oportunidad. El acuerdo se hará mediante resolución arbitral que comunicará al empresario y a los consumidores individuales. Obviamente, para que la acumulación pueda producirse no basta con que los consumidores hayan presentado solicitudes de arbitraje con la misma causa petendi y frente al mismo empresario, sino que debe existir en cada caso un convenio arbitral previo (en contrato aparte o en cláusula de sumisión a arbitraje incluida en el contrato principal) o una oferta pública de adhesión de ese empresario, de manera que la simple solicitud de arbitraje formaliza el convenio arbitral. Por otra parte, que concurra idéntica causa de pedir significa que las solicitudes se basen en los mismos hechos jurídicamente relevantes, aunque varíen, por ejemplo, las cantidades que se reclaman en concepto de indemnización. La acumulación no precisa el consentimiento del empresario (qué si ha tenido que consentir para celebrar el convenio arbitral), ni tampoco el de los consumidores.

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

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

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

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

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

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

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

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

A pesar de sus numerosas bondades, el arbitraje de consumo no ha sido un instrumento utilizado en la práctica para resolver los conflictos entre consumidores y empresarios del sector de los servicios financieros. Basta acudir a las Memorias de las instituciones públicas encargadas de administrar el arbitraje de consumo para constatar cómo son pocos los casos que se solventar por esta vía[21]. Las razones de este desuso se encuentran en la falta de interés de los agentes económicos del sector (entidades de crédito) en acudir al arbitraje, o en la creencia de que existen otras vías, específicas del sector financiero, para resolver estas controversias (los departamentos de atención al cliente y/o el defensor del cliente).

El arbitraje de consumo no ha sido un instrumento utilizado en la práctica para resolver los conflictos entre consumidores y empresarios del sector de los servicios financieros.

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

Sin embargo, en los últimos meses el arbitraje de consumo ha tenido un auge tremendo en este sector, pues ha sido el mecanismo utilizado para resolver el conflicto de las participaciones preferentes[22]. Miles de clientes han reclamado contra varias entidades de crédito (especialmente, Nova Galicia Banco, CaixaBank,

---

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

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

Bankia y Caixa Catalunya) alegando falta de información precontractual, dolo o error en la celebración de los contratos de adquisición de las participaciones preferentes. Dada la envergadura del problema, las instituciones públicas han ideado un curioso mecanismo para resolverlo. En lugar de promover un arbitraje de consumo colectivo, se ha preferido optar por arbitraje de consumo individuales, iniciados por la solicitud individual de arbitraje de miles de consumidores. La entidad de crédito, no adherida al sistema arbitral de consumo, ha ido aceptando la solicitud de arbitraje en unos casos, y rechazándola en otros. En la práctica, una entidad consultora externa ha elegido el "perfil" de los clientes que podían acudir al arbitraje de consumo (por ser especialmente vulnerables), y ha contactado con ellos ofreciéndoles la posibilidad de presentar una solicitud de arbitraje. El consumidor "elegido" ha presentado su solicitud de arbitraje, que ha sido aceptada por la entidad de crédito; y tras el procedimiento arbitral se ha dictado un laudo estimatorio. De hecho, todos los laudos son estimatorios, y muy similares en su redacción.

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

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

1.3.9. CONCLUSIONES.

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

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

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

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

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

La acumulación de procedimientos, prevista en el art. 39.2 RDAC, permite al Presidente de una Junta Arbitral acumular en un único procedimiento (todavía no iniciado o ya en curso) las solicitudes de arbitraje presentadas en esa Junta contra un mismo empresario y basadas en unos mismos presupuestos fácticos. Para acumular los procedimientos no es necesario el consentimiento del empresario. La acumulación sólo cabe para las solicitudes individuales presentadas ante esa Junta Arbitral, y de las que esa Junta es competente territorialmente.

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

1.4. Otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.

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

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

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

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

A pesar de que cuando se comenzó a trabajar en una nueva normativa sobre el sistema arbitral de consumo, uno de los objetivos que se perseguían era regular la mediación de consumo, finalmente su tratamiento en el RD 231/2008 es muy escaso. Se dedica a la mediación el art. 38, aunque también se alude a la misma en otros preceptos. En cuanto a la normativa aplicable, se dispone, con una afirmación obvia, que "la mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación" (art. 38.2 RDAC). La Exposición de Motivos señala que el Real Decreto se abstiene de regular la mediación, "por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia". En efecto, las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo[23]. Pero eso no impedía que el RDAC hubiera regulado algunos aspectos como la función del mediador, la formación del mediador, y el valor o eficacia de los acuerdos alcanzados por las partes[24]. En el ámbito estatal se ha dictado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que sin embargo no se aplica a la mediación en materia de consumo, como expresamente

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

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

[24] BLANCO CARRASCO, M., "La alternativa de la mediación en los conflictos de consumo: presente y futuro", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2009, pp. 144 y 145.

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

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

En el RDAC la mediación se incardina dentro del procedimiento arbitral[26]. Así se deduce no sólo de la rúbrica del art. 38 ("mediación en el procedimiento arbitral"), sino de los arts. 37.3 y 49.1.I RDAC. El primero exige que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral conste expresamente "la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación"; por la tanto, la mediación puede producirse –si es que se produce- después de iniciado el procedimiento arbitral, pero antes de que los árbitros hayan comenzado sus actuaciones arbitrales[27]. Y el segundo obliga a suspender el cómputo del plazo para dictar el laudo (seis meses, contados desde el inicio del procedimiento arbitral) si se intenta la mediación previa, aunque la suspensión será por un período no superior a un mes desde el acuerdo de inicio del procedimiento arbitral. El diseño de la mediación en el RDAC es desacertado. Es más correcto que la mediación tenga carácter previo al arbitraje; esto es, que se intente la mediación, y si ésta no es exitosa, que se inicie después el procedimiento arbitral en sentido estricto.

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

---

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

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

27 GUZMÁN FLUJA, V., "Consideraciones sobre el procedimiento arbitral…", *cit.*, pp. 263.

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

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

En los casos de acumulación de procedimientos la mediación puede igualmente intentarse. En esta hipótesis sí existe una resolución de inicio del procedimiento, en la que el Presidente de la Junta Arbitral debe invitar a las partes a llegar a un acuerdo a través de la mediación.

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

Fuera del RD 231/2008, las Oficinas Municipales de Información al Consumidor pueden realizar funciones "informales" de mediación. Pueden dirigirse al empresario reclamado (pe., una entidad de crédito) con el fin de mediar en un conflicto que mantienen ese empresario y uno o varios consumidores. Las posibilidades de obtener una solución satisfactoria son muy escasas, pero si se consiguen, obviamente solo afec-

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

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

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

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

En un sentido amplio, conciliar es buscar por parte de un tercero la composición de intereses contrapuestos[28]. La conciliación y la mediación se asemejan en que en ambas las partes alcanzan un acuerdo voluntario para poner fin a una controversia. Y aunque no resulta fácil establecer sus diferencias, la doctrina parece centrarlas en el distinto papel que juega el tercero, que es mucho más activo en la conciliación que en la mediación. El conciliador no sólo acerca las posturas de las partes, sino que participa activamente en la búsqueda de una solución, haciendo propuestas concretas a las partes[29].

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

La distinción entre mediación y arbitraje se hace patente también en el supuesto de que las partes alcancen un acuerdo. En la hipótesis de conciliación ese acuerdo se plasma en el laudo (art. 49.2 RDAC), con los efectos de cosa juzgada y de constituir un título ejecutivo que ello conlleva. La situación es distinta si el acuerdo se alcanza tras la mediación. En principio ese acuerdo produce los efectos típicos de la transacción. Pero parte de la doctrina ha defendido la posible aplicación del art. 48.2 RDAC, para conseguir así que conste también en un laudo[30]. Además el acuerdo alcanzado en la mediación carece de eficacia ejecutiva, salvo que se incor-

---

[28] ESPÍN ALBA, I., "Arbitraje y mediación…", *cit.*, pp. 9.

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

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

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

La posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio se plantea expresamente en el arbitraje de consumo colectivo (art. 58.2.I RDAC). Cuando el empresario acepta que el conflicto se resuelva mediante arbitraje colectivo, lo comunicará al Presidente de la Junta Arbitral, pudiendo además en tal caso proponer el empresario un acuerdo conciliatorio. Aunque nada más indica este precepto, hay que entender que esa propuesta de acuerdo puede ser modificada, en uno u otro sentido, tras las conversaciones de las partes en conflicto. El empresario podrá alcanzar un acuerdo con uno, varios o todos los consumidores personados en el arbitraje colectivo en cualquier momento del procedimiento, siempre que no se haya dictado el laudo (art. 49.2 RDAC). Si llega a un acuerdo con siete consumidores, se dictará un laudo que lo recoja. Y si después alcanza un acuerdo con otros quince consumidores, de nuevo se dictará un laudo. Para los demás consumidores seguirá el procedimiento del arbitraje colectivo, que concluirá mediante un laudo.

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

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

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

No es éste el lugar para examinar en detalle el art. 48 TRLGDCU, ni para poner sobre la mesa las enormes dificultades prácticas que plantea la liquidación de daños dentro del procedimiento administrativo[31]. Sólo interesa destacar que varios consumidores pueden tener la condición de interesados en el procedi-

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

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

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

1.4.4. CONCLUSIONES.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ya en el Primer Programa Preliminar de Protección de los Consumidores, aprobado por Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 14 de abril de 1975, se alude a la solución extrajudicial de litigios de consumo como uno los medios destinados a preservar el derecho del consumidor a la reparación de los daños. Desde entonces han sido numerosos los documentos publicados por las instituciones europeas sobre esta materia. Por su importancia, merecen ser destacados los siguientes: el Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, de 16 de noviembre de 1993[32]; la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo[33]; la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo que no cubre la Recomendación 98/257/CE[34]; y el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002[35].

En los últimos años la Comisión, en distintas Comunicaciones sobre la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores, ha hecho hincapié en la necesidad de instaurar sistemas de resolución alternativa de conflictos, que constituyan recursos eficaces para la tutela de los derechos de los consumidores. Tras años de trabajo, han visto la luz la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/20013. A su estudio se dedica el siguiente epígrafe[36].

1.5.1 La Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento 524/20013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

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

---

32 COM (1993) 576 final.

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

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

35 COM (2002) 196 final

36 Una exposición sucinta de su contenido, en RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consumo y el Reglamento (UE) nº 524/20013 del Parlamento Europeo y del Consumo, de 21 de mayo de 2013", *Revista CESCO*, 2013, nº 7, pp. 228 y ss.

gios en materia de consumo[37], y el Reglamento 524/20013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo[38]. Procede ahora analizar las características esenciales de estas normas europeas, y comprobar si en ellas se prevé o no la defensa de intereses colectivos de los consumidores a través de los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias[39].

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

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

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

---

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

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

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

cláusula incorporada a un contrato principal (incluso en condiciones generales de la contratación; art. 90.1 TRLGDCU) o en contrato independiente, antes incluso de que surja el conflicto (art. 24.1.I TRLGDCU). Estos dos preceptos (arts. 24.1.I y 90.1 TRLGDCU) son contrarios a la Directiva 2013/11/UE.

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

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

La Directiva no hace mención alguna a los mecanismos extrajudiciales de resolución colectiva de conflictos. Únicamente en el Considerando nº 27 se alude a estos mecanismos, y se establece que la Directiva no constituye un obstáculo para que los Estados miembros mantengan o introduzcan procedimientos de resolución alternativa por los que se tramiten conjuntamente litigios idénticos o similares entre un comerciante y varios consumidores. Se añade que ambos procedimientos (recurso fácil a la resolución alternativa de conflictos y reclamaciones colectivas) no son excluyentes.

En cuanto al Reglamento 524/20013, que es complementario de la Directiva, tiene por objeto la creación de una plataforma de resolución alternativa de conflictos on line relativa a las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados on line entre un consumidor y un empresario. Se trata de ofrecer a los consumidores y a los empresarios una ventanilla única, para que resuelvan sus conflictos mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de conflictos. Esta entidad debe ser una de las incluidas en la lista de entidades que elaborará la Comisión, y que incluye todas las entidades que cada autoridad nacional competente ha comunicado a la Comisión. La parte reclamante puede ser tanto el empresario como el consumidor.

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

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

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

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

En los últimos cinco años se han dictado importantes textos comunitarios que abordan específicamente esta cuestión. El 27 de noviembre de 2008 la Comisión publicó el Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores[40], cuyo objetivo central es "evaluar la situación de los mecanismos de recurso, en particular en los casos en los que puede que haya muchos consumidores afectados por el mismo incumplimiento de la ley, y aportar soluciones que ayuden a superar los obstáculos para un recurso eficaz que se hayan detectado en tales casos"[41]. El Libro Verde se concentra en la solución de casos de denuncias masivas y se propone aportar vías de recurso colectivo eficaces a los ciudadanos de toda la UE afectados por una misma práctica comercial con independencia del lugar de la infracción.

Sostiene la Comisión que los instrumentos europeos vigentes[42] son insuficientes, y propone cuatro posibles soluciones para proporcionar a los consumidores medios adecuados y eficaces de reparación mediante la herramienta del recurso colectivo: (i) recurrir a medidas nacionales y comunitarias ya existentes para obtener una reparación adecuada de los consumidores; (ii) desarrollar la cooperación entre los Estados miembros para garantizar que los consumidores de toda la UE pueden recurrir a los mecanismos de recurso colectivo disponibles en los diferentes Estados miembros; (iii) una combinación de instrumentos, vinculantes y no vinculantes, que en conjunto pueden mejorar las vías de recurso de los consumidores eli-

---

40 COM (2008) 794 final.

41 COM (2008) 794 final, pp. 3.

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

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

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

El Comité Económico y Social Europeo emitió su Dictamen sobre este Libro Verde el 5 de noviembre de 2009[43]. En él se muestra partidario de imponer un mecanismo de recurso colectivo a escala europea.

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

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

Con fecha de 11 de junio de 2013 publica la Comisión dos documentos de gran importancia: la Comunicación "Hacia un marco europeo horizontal del recurso colectivo"[46], y la Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión[47]. La Comunicación hace balance de las acciones realizadas hasta la fecha y de las opiniones

43 INT/473 – CESE 1693/2009.

44 SEC (2011) 0173.

45 2011/2089 (INI)

46 COM (2013) 401 final

47 DOCE nº L 201, de 26 de julio de 2013.

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

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

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

a) La Recomendación: finalidad y ámbito de aplicación.

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

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

El recurso colectivo se configura como un instrumento horizontal. La Comisión sigue así la recomendación del Parlamento Europeo. Eso significa que puede utilizarse para hacer valer los derechos reconocidos en la Unión en cualquier ámbito, y no sólo en protección de consumidores; pe., competencia, protección del medio ambiente, servicios financieros, protección de los inversores, y cualesquiera otros (Considerando nº 7 de la Recomendación).

La Recomendación se aplica al recurso colectivo judicial y extrajudicial .

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

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

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

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

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

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

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

y 9 de la Recomendación). Este precepto está pensado para los procesos judiciales (se refiere expresamente a los "órganos jurisdiccionales"), y en nuestro derecho influye especialmente en la legitimación de los "grupos de afectados" para interponer acciones judiciales de indemnización de daños colectivos (art. 11.2 LEC). Tan pronto como le sea posible, el juez debe analizar que el grupo se ha constituido válidamente, es decir, que sirve para ejercitar la acción en la que se solicita indemnización para un grupo determinado de afectados.

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

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

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

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

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

difusión de información deberían tener en cuenta las circunstancias particulares del caso de daños masivos de que se trate, la libertad de expresión, el derecho a la información, y el derecho a la protección de la reputación o del valor de la empresa del demandado antes de que se le declare responsable de la presunta violación o de los daños en virtud de sentencia firme de un órgano jurisdiccional" (punto 11 de la Recomendación).

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

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

(v) Es necesario controlar el origen de los fondos que utiliza el demandante para ejercitar una acción judicial, pues quizás el tercero que financia pretende incentivar litigios abusivos o litigios que en realidad no defienden los intereses de los consumidores. La Recomendación (puntos 14 a 16) contiene reglas sobre esta materia, algunas de las cuales van únicamente destinadas a los procesos judiciales. Así, se exige que el demandante informe al órgano jurisdiccional, antes de iniciar el proceso, del origen de los fondos que va a utilizar para sufragar la acción colectiva; y se permite al órgano jurisdiccional suspender el procedimiento cuando el tercero no dispone de fondos suficientes o cuando hay un conflicto de intereses entre el tercero y la parte demandante.

En el punto 16 de la Recomendación, que es el que contiene esta última medida, no hay una limitación expresa a la acción judicial. Por eso esta regla puede operar también en el recurso colectivo extrajudicial. Se establece en ese punto que los Estados miembros deberían garantizar que, cuando una acción de recurso colectivo esté financiada por un tercero privado, este tendrá prohibido: intentar influir en las decisiones procesales de la parte demandante, incluidas las transacciones; financiar una acción colectiva contra un demandado que sea un competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador; y exigir intereses excesivos sobre los fondos prestados.

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

c) Principios específicos aplicables al recurso colectivo de cesación.

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

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

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

d) Principios específicos aplicables al recurso colectivo de indemnización.

Son varios los principios que se establecen en este ámbito.

(i) Cuando se trata de solicitar una indemnización a través del recurso colectivo, la composición del grupo representado puede determinarse conforme a dos modelos básicos: el de participación voluntaria (opt-in), donde el grupo incluye solamente a las personas físicas o jurídicas que activamente opten por pasar a formar parte del grupo representado, y el de exclusión voluntaria, donde el grupo se compone de todos los individuos que pertenecen al grupo definido y alegan haber sufrido daños derivados de una misma infracción, salvo si optan activamente por desmarcarse del grupo.

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

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

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

En cuanto a la posibilidad de que un consumidor que ha reclamado, y que se integra en la parte demandante, pueda retirarse del procedimiento en cualquier momento, hay que señalar que el RDAC no prevé la posibilidad de que el consumidor desiste de su reclamación. Sí se prevé, sin embargo, en el art. 38.2.a) LArb, que debe aplicarse, dado su carácter supletorio. Por lo tanto, sí cabe el desistimiento del consumidor en su reclamación, desistimiento que también es posible en el arbitraje colectivo. Ese desistimiento significa que el consumidor "sale" del procedimiento arbitral, y que el laudo que en su caso se dicte no le afecte. Y el consumidor podrá después, si lo desea, interponer una reclamación individual que será resuelta vía arbitral. Lo que no puede hacer el consumidor, tras desistir, es interponer una acción judicial, pues si existe un convenido arbitral el empresario demandado podrá oponer la excepción declinatoria (art. 11.1 LArb), y el juez tendrá que abstenerse de conocer de ese conflicto.

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

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

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

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

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

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

La Recomendación contiene cuatro puntos específicos sobre "modalidades alternativas de solución de litigios colectivos y transacciones" (puntos 25 a 28). Hay que partir del hecho de que la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, no impide a los Estados miembros mantener o introducir procedimiento de solución alternativa de conflictos que aborden conjuntamente conflictos idénticos o similares entre un agente económicos y varios consumidores (Considerando nº 27). Partiendo de este dato, la propia Comisión, en la Comunicación "Hacia un marzo horizontal europeo de recurso colectivo", recomienda a los Estados miembros que desarrollen mecanismos de solución consensuada de conflictos colectivos[48]. Como puede apreciarse, esta recomendación sólo alcanza a las soluciones consensuadas (como la mediación o la transacción), pero no a las impuestas por terceros ajenos al conflicto (como el arbitraje).

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

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

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

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

[48] COM (2013) 401 final, pp. 17.

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

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

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

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

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

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

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

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

Bibliografía.

ABELLÁN TOLOSA, L., *"El sistema arbitral de consumo", en M. J. REYES LÓPEZ (Coord.), Derecho privado de consumo,* Valencia, Tirant lo blanch, *2004, pp. 575 y ss.*

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

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

BETANCOURT JULIO, C., *"Medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y la fenomenología de su constitucionalización", Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones, 2012, nº 2, pp. 413 y ss.*

BLANCO CARRASCO, M., *"La alternativa de la mediación en los conflictos de consumo: presente y futuro", Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 2009, pp. 130 y ss.*

CARRASCO PERERA, A., *"Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo", en C. FLORENSA I TOMÁS (Dir.), El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado,* Valencia, Tirant lo blanch, *2004, pp. 91 y ss.*

CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E., *"Alcance de la reposición e indemnización al consumidor en el seno del procedimiento sancionador de consumo (art. 48 TRLGDCU)", Revista CESCO, 2013, nº 6, pp. 1 y ss.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RALUCA STROIE, I., *"Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consumo y el Reglamento (UE) nº 524/20013 del Parlamento Europeo y del Consumo, de 21 de mayo de 2013", Revista CESCO, 2013, nº 7, pp. 228 y ss.*

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

www.adicae.net

Extraiudicial

2. SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO COMPARADO

Departamento de Estudios de ADICAE

REPÚBLICA CHECA.

A). Arbitraje.

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

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

B). Árbitro económico.

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

C). Defensor del Pueblo.

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

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

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

2.1.1. Conflictos entre consumidores y empresas.

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

2.1.2. Arbitraje.

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

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

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

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

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

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

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

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

La decisión adoptada al término del procedimiento de arbitraje (laudo) es definitiva, obligatoria y ejecutable por medios legales (embargo). El laudo sólo puede ser invalidado por motivos previstos legalmente, entre los que figuran razones técnicas como la incompetencia del árbitro (por ejemplo, el árbitro es menor de edad o la autorización que recibió para arbitrar fue retirada o limitada), la falta de autorización previa de las partes, etc. La resolución judicial que invalide un laudo arbitral debe ser comunicada en el plazo de tres meses desde la fecha en que fue entregada a la parte que solicitó la nulidad.

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

2.1.3. Árbitro económico.

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

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

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

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

El árbitro económico es designado por el Parlamento checo y debe ser una persona respetable que posea las cualificaciones y la experiencia adecuadas. Está obligado a mantener el secreto sobre cualquier información obtenida en el curso de su trabajo. De esta forma se garantiza la equidad del procedimiento y la protección de la información confidencial.

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

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

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

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

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

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

Si el consumidor no está satisfecho con la solución que el árbitro económico ha dado al conflicto, puede someter el asunto a un tribunal. La entidad financiera afectada también disfruta de este derecho. Emprender una acción judicial, someter el conflicto ante un tribunal de arbitraje, llegar a un acuerdo extrajudicial y retirar la solicitud antes de que la decisión se convierta en obligatoria jurídicamente, hacen que la decisión arbitral se convierta en nula y sin valor.

ALEMANIA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El 16 de octubre de 2001 la fase experimental de la Red Extrajudicial Europea (red EEJ) fue lanzada en Bruselas. La Red EEJ es una red de mecanismos extrajudiciales que opera en los países de la UE/EEA. La finalidad de la Red EEJ es facilitar el acceso a la justicia para los consumidores de la UE/EEA fundamentalmente en conflictos transfronterizos. La Red EEJ pretende alcanzar esto ligando los diferentes cuerpos extrajudiciales establecidos en los Estados miembros de la UE y de la EEA. Alemania tiene una gran variedad de sistemas de arbitraje. Actualmente hay cerca de 400 órganos extrajudiciales de resolución de conflictos registrados en la Red EEJ, de esos, 203 son órganos extrajudiciales alemanes. El 1 de enero de 2002 el Ministerio de Justicia federal alemán agregó la Cámara de Compensación alemana como nuevo departamento a la ya existente estructura de Euro-oficinas de consumidores en Kehl. Durante el año 2003 la Cámara de Compensación alemana recibió un total de 732 casos, de los cuales 403 fueron demandas de información, 236 conflictos legales y 93 quejas. Del total solamente 35 casos afectaban a servicios financieros.

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

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

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

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

La asociación federal de los bancos privados comerciales alemanes ("Bundesverband deutscher Banken", BdB) y la federación de bancos hipotecarios alemana adoptaron el sistema de protección del Ombudsman de los bancos privados en 1992. El sistema se diseña sobre todo para los consumidores y cubre todos los productos ofrecidos por los bancos que participan en él. El sistema no cubre a los intermediarios. El sistema es gratuito para los clientes de los bancos. Si los clientes no aceptan la decisión del Ombudsman, todavía pueden asistir a los tribunales. Los clientes no pueden perder el derecho a interponer sus demandas durante los procedimientos del Ombudsman. Los bancos privados comerciales han aceptado la decisión del Ombudsman en los conflictos de cantidades hasta 5.000 €. La experiencia ha demostrado que los bancos también aceptan generalmente las decisiones del Ombudsman contra ellos incluso cuando los conflictos implican cantidades superiores a 5.000 €.

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

En el año 2003 el sistema de protección del ombudsman de los bancos privados recibió un total de 3.110 quejas, de las cuales 1.698 peticiones fueron admitidas. 781 quejas fueron solucionadas en favor del cliente, 858 en favor del banco. Las quejas relacionadas con negocios de inversión fueron las más importantes (44.7 %), seguidas por casos referentes a pagos y administración de cuentas (29.4 %) y el negocio de préstamos (18.5 %). Solamente 30 casos afectaron a la Red FIN-NET, de los cuales 20 fueron quejas y 13 demandas de información.

En el año 2002 la asociación federal de las cooperativas del crédito alemán y del crédito agrícola ("Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken", BVR) lanzó el sistema del Ombudsman de los bancos cooperativos alemanes. Las reglas de procedimiento son similares a las respectivas del sistema privado de los bancos. Igual que sucede con los bancos privados, los intermediarios no están cubiertos. En el año 2003 el sistema reportó un total de 1.272 quejas, de las cuales 318 quejas fueron admitidas. Las quejas que afectaban a los pagos y la administración de las cuentas fueron las predominantes (28.0%), seguidas por los negocios de inversión (27.0%) y el negocio de préstamos (21.5%).

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

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

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

Como el sector bancario, la industria de seguros ha lanzado su propio sistema de ADR, el Ombudsman del seguro. El sistema cubre los contratos de seguro y los corredores de seguro o los agentes de compañías participadas. El esquema es gratuito para los clientes. Las quejas son admisibles hasta una cantidad de 50.000€. Las decisiones hasta una cantidad de 5.000€ son obligatorias para la compañía de seguros implicada. Las decisiones entre 5.000€ y 50.000€ son recomendaciones que no son vinculantes para ninguna de las partes.

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

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

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

En contraste con la variedad de sistemas hay una carencia de información referente a estas ofertas en el lado de los consumidores, especialmente por lo que se refiere a los servicios financieros transfronterizos. Como resultado de esta falta de información hay una falta de utilización de los sistemas de ADR. Por lo tanto las disposiciones sobre acceso a la información para los consumidores son obligatorias, sobre todo en lo concerniente a la información referente al acceso a la justicia. Un ejemplo de la dificultad de conseguir información sobre los sistemas de ADR sería la Caja de ahorros de Hamburgo: en octubre de 2004 no es posible obtener información sobre las reglas de procedimiento de los sistemas vía Internet. Por lo tanto los diferentes sistemas de ADR deberían obligarse a poner allí las reglas de procedimiento respectivas fácilmente a disposición el público. La misma obligación debería aplicarse para divulgar los resultados de las quejas de ADR.

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la información, todavía hay una falta de educación relacionada con las ADR en Alemania. Aunque la ley para reformar los estudios de derecho ("Gesetz zur Reform der Juristenausbildung), de 2002, prevé reglas referentes a retórica, mediación, arbitraje, habilidades de comunicación y negociación, sigue siendo una necesario poner estas provisiones en práctica.

ITALIA.

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

a. acuerdos amistosos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1965 del Código civil;

b. mediación: cuando las partes recurren a un tercero independiente para resolver su conflicto y para alcanzar un acuerdo;

c. conciliación judicial o extrajudicial (conforme a lo dispuesto en los artículos 183, 320 y 322 del Código de enjuiciamiento civil);

d. arbitraje como medio de resolución de conflictos alternativo a una decisión judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 806 del Código de enjuiciamiento civil.

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

bitraje de Telecom Italia y el *Ombudsman* bancario.

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

• Ley n° 580, de 29 de diciembre de 1993, relativa a la creación de comisiones de arbitraje y conciliación en las Cámaras de Comercio;

• Ley n° 192, de 18 de junio de 1998, en materia de conciliación y arbitraje en conflictos de subcontratación de actividades productivas;

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

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

prevé un intento opcional de conciliación que puede renovarse en el transcurso del procedimiento judicial (puede intentarlo el juez en la primera comparecencia de las partes «cuando la naturaleza del asunto lo permita», artículo 183 del Código de enjuiciamiento civil). Al intentar conciliar a las partes el juez no debe en modo alguno condicionar la voluntad de las mismas, ni adelantar su propia opinión, sino simplemente plantear a las partes la posibilidad de llegar a un acuerdo sin desempeñar un papel activo (para salvaguardar su propia posición como tercero imparcial). Si se alcanza la transacción, las partes firman un acta de conciliación ante el juez. Esta acta constituye un título ejecutivo y determina el archivo del asunto.

• Artículo 447 *bis* del Código de enjuiciamiento civil: prevé un intento de conciliación en los conflictos de alquiler.

• Ley n° 1766 de 1927: prevé un intento de conciliación en materia de Derecho consuetudinario.

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

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

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

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

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

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

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

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

Conflictos entre consumidores y empresas.

En Italia no existe una ley general de protección de los consumidores, sino mucha normativa específica sobre cada concreto ámbito. Así, por ejemplo, el Decreto n. º 124, de 24 de mayo de 1988, que incorpora la Directiva 85/374/CEE, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; La Ley n. º 126, de 10 de abril de 1991, de normas sobre la información del consumidor; el Decreto legislativo n. º 74, de 25 de enero de 1992, que incorpora la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa; los arts. 121 a 126 del Testo Unico en materia bancaria y crediticia, aprobado por el Decreto legislativo n.º 385, de 1 de septiembre de 1993, que incorpora la Directiva 87/102/CEE, de crédito al consumo; el Decreto legislativo n.º 111, de 17 de marzo de 1995, que incorpora la Directiva 90/314/CEE, de viajes combinados; el Decreto legislativo n.º 115, de 17 de marzo de 1995, que incorpora la Directiva 92/59/CEE, relativa a la seguridad general de los productos; el Decreto legislativo n.º 50, de 15 de enero de 1992, que incorpora la Directiva 85/577/CEE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; y la Ley n.º 281,de 30 de julio de 1998, de disciplina de los derechos de los consumidores y usuarios.

INGLATERRA Y GALES.

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

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

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

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

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

• **Defensores del pueblo** *(Ombudsmen)*

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

• **Reguladores** *(Regulators)*

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

• **Arbitraje** *(Arbitration)*

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

Mediación *(Mediation)*

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

• **Evaluación imparcial** *(Neutral Evaluation)*

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

• **Conciliación** *(Conciliation)*

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

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

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

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

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

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

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

FRANCIA.

A). El contenido de la protección.

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

B). Protección de los intereses económicos.

En este ámbito, es esencialmente como contratante, que el consumidor goza de una protección específica. El legislador desea una relación equilibrada entre el empresario, presunto fuerte y el consumidor, presunto débil.

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

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

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

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

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

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

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

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

A partir de una ley de 10 de enero de 1978, modificada el 1 de febrero de 1995(16), en las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores, las cláusulas abusivas (se entienden como no escritas) son aquellas que tienen por objeto o por efecto crear un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

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

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

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

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

Sobre todo, en segundo lugar, a partir de dos leyes, una de 31 de diciembre de 1989 y otra de 1 de agosto de 2003, existen dos procedimientos especiales en provecho de los consumidores de buena fe que están en la imposibilidad manifiesta de pagar sus deudas no profesionales, es decir, los deudores sobre endeudados. En adelante, la ley distingue según la situación patrimonial del deudor. Si su situación no está «irremediablemente comprometida», se aplicarán varias medidas de enderezamiento, especialmente un reescalonamiento de los pagos sobre un máximo de diez años y hasta una condonación parcial de las deudas. Si, en cambio, la situación parece «irremediablemente comprometida», es decir, si dichas medidas no bastan para arreglarla, se abre el procedimiento de «*restablecimiento personal*». Se trata de un procedimiento concursal, inspirado del derecho mercantil de las quiebras, que desemboca, después de la venta de los bienes no indispensables del interesado, sobre la condonación total de sus deudas.

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

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

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

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

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

Apartado de correos 5000 - 75000 París - Francia.

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

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

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

En materia de seguros, las agrupaciones de compañías de seguros han establecido cartas de mediación con arreglo a las cuales un mediador independiente emite un dictamen sobre un litigio entre el asegurado y el asegurador. Este mediador puede ser consultado por correo ordinario (es preferible la carta certificada con acuse de recibo). El principio de contradicción se impone al mediador. En caso de fracaso de la mediación, el asunto puede someterse a los tribunales, en un plazo de dos años, a partir del hecho causante del litigio.

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

Direcciones útiles:

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

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

26, bulevar Haussmann F -75311 París Cedex 09

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

PAÍSES BAJOS.

Conflictos entre consumidores y empresas

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

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

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

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

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

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

El Consejo de reclamaciones del consumidor (Stichting Geschillencommissie voor Consumentenzaken) es un organismo superior que trabaja a escala nacional y es el responsable de la creación y funcionamiento de treinta comités de reclamaciones relacionados con sectores profesionales concretos. Los comités de reclamaciones emiten dictámenes que son vinculantes para ambas partes. Las condiciones generales de venta aplicadas por los miembros de una federación empresarial sirven de punto de partida para determinar si un comité de reclamaciones es competente para tratar una queja concreta. Este será el caso si las condiciones generales señalan que los consumidores pueden someter los conflictos con un proveedor a un comité de reclamaciones, en lugar de presentar una denuncia ante los tribunales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El arbitraje se regula en los artículos 1020 a 1076 de la Ley de enjuiciamiento civil (Wetboekvan Burgerlijke Rechtsvordering) y en el Convenio de Nueva York. No existe otra base jurídica concreta para el resto de los procedimientos extrajudiciales. Sin embargo, si un comité de reclamaciones desea actuar bajo los auspicios del organismo superior correspondiente para la defensa del consumidor, tiene que ser reconocido por el Ministerio de Justicia. Para obtener el reconocimiento necesario a estos fines, el comité debe cumplir determinados criterios establecidos por el ministerio.

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

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

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

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

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

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

En los Países Bajos no hay ninguna obligación legal de confidencialidad en relación con la información relativa a modalidades alternativas o a la mediación. La exigencia de confidencialidad debe incluirse en el contrato. El acuerdo de mediación que se suele firmar al principio de esta contiene una disposición a estos efectos. El acuerdo tipo del Instituto holandés de mediación (Nederlands Mediationinstituut) sostiene que el deber de confidencialidad acordado entre las partes constituye un acuerdo de prueba en el sentido que establece la ley. Los tribunales están vinculados por los acuerdos de pruebas si se aplican de buena fe y no son incompatibles con las disposiciones legales imperativas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Los procedimientos ante el Defensor del Pueblo son gratuitos.

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

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

En la mediación, se estima que las partes corren con los gastos. Una excepción a esta regla es la aportación a los costes de mediación para las personas menos capaces e incapacitadas. Además, hay un incentivo económico (limitado) de 200 euros para animar a las partes a aceptar la sugerencia del tribunal y a acudir a la mediación; esta ayuda puede solicitarse en todos los casos de mediación y se otorga en la fase previa al procedimiento. Se trata de un importe a tanto alzado que se paga directamente al mediador, con independencia de los recursos económicos de las partes.

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

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

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

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

K). Vinculación de la resolución en sistemas extrajudiciales.

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

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

bargo, el margen de los tribunales para evaluar estas decisiones es escaso. Los tribunales sólo pueden invalidar un dictamen vinculante cuando puede sostenerse de manera suficiente y razonable que es inadmisible en cuanto al fondo o por la forma en que se emitió, dadas las circunstancias de que se trate. En consecuencia, los tribunales pueden anular la decisión de un comité de reclamaciones solamente si este no ha aplicado los principios fundamentales de Derecho procesal, como el derecho a una audiencia justa.

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

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

Los acuerdos alcanzados vía la mediación no tienen el mismo valor que una decisión definitiva. Se trata simplemente de acuerdos en el sentido del artículo 900, libro 7, del Código civil. En los Países Bajos, las partes pueden confirmar su acuerdo a través de una escritura notarial. De esta manera el acuerdo puede ejecutarse, como ocurre con las sentencias de los tribunales dictadas de conformidad con el Derecho nacional. Si un tribunal remite un asunto a mediación y se alcanza un acuerdo, este puede ser confirmado por sentencia judicial.

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

AUSTRIA.

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

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

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

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

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

A). Tribunales de arbitraje.

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

Pueden ser objeto de un convenio arbitral todas las reclamaciones de Derecho patrimonial de que conocen los tribunales ordinarios. Las reclamaciones que no se refieren exclusivamente a Derecho patrimonial pueden someterse al procedimiento arbitral si las partes son capaces de llegar a un arreglo. Sin embargo no es posible dirimir ante un tribunal de arbitraje las reclamaciones de determinados ámbitos jurídicos, como son el Derecho de familia y los asuntos relacionados con la vivienda.

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

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

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

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

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

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

B). Procedimientos de conciliación en materia de arrendamientos.

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

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

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

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

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

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

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

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

El procedimiento de conciliación para asuntos de arrendamientos es gratuito.

Cuando el intento de un arreglo amistoso del conflicto no prospera, el órgano de conciliación debe decidir sobre la solicitud. Si una parte no está satisfecha con la decisión del órgano puede, en el plazo de cuatro semanas desde la notificación de aquélla, llevar el asunto ante los tribunales. Cuando se ejercita una acción ante los tribunales, la decisión del órgano de conciliación pierde su eficacia. Además, cada una de las partes puede dirigirse a los tribunales cuando el procedimiento de conciliación no se ha concluido en el plazo de tres meses. Una vez iniciado este trámite en buena y debida forma, el órgano de conciliación debe archivar el procedimiento.

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

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

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

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

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

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

La declaración de las partes y el envío de los documentos pueden hacerse por escrito o por medios electrónicos. Sobre la base de los argumentos de las partes y de los resultados de un peritaje técnico, el órgano de conciliación formula una propuesta de solución que las partes pueden remitirle, una vez firmada, dentro de un plazo establecido. Cuando la propuesta no se remite, el órgano de conciliación puede convocar a todos los interesados a una audiencia si lo considera oportuno y el reclamante no se opone a ello. La recomendación del órgano de conciliación es simplemente una propuesta que no tiene carácter ejecutivo. Si ambas partes han manifestado su acuerdo por escrito puede, sin embargo, convertirse en un convenio de Derecho privado.

El procedimiento de conciliación en sí es gratuito pero cada una de las partes corre con sus gastos de representación. Si el reclamante no es un consumidor, el órgano de conciliación puede exigirle el reembolso de los gastos en efectivo. No está prevista ayuda alguna para sufragar los costes de procedimiento, pero en determinadas circunstancias se pueden pagar los gastos de transporte cuando se trata de consumidores.

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

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

D). Oficinas de mediación locales.

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

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

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

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

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

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

El procedimiento está exento de tasas.

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

Los acuerdos concluidos ante las oficinas de mediación locales tienen la misma eficacia que las transacciones judiciales y son, por tanto, de aplicación en los procedimientos de ejecución ante los tribunales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

APRENDE
Y VENCERÁS A LOS BANCOS
educacionfinanciera.adicaeonline.es

Judicial

La defensa judicial colectiva en Europa y en España

Vistas las deficiencias y dificultades objetivas que existen para que a nivel extrajudicial se puedan llevar a la práctica en la actualidad cualquier tipo de reclamación colectiva, fundamentalmente debido a las injerencias y obstaculos del "lobbie" bancario y financiero, la mediación de las asociaciones de consumidores más representativas, en este caso ADICAE, se revela como la vía realmente práctica para alcanzar acuerdos que resarzan al colectivo de afectados, existiendo ya buenos ejemplos de ello.

Ante estas carencias, y para agotar la vía extrajudicial, la función de información, agrupación y reivindicación de los afectados que ha ejercido ADICAE previa a la vía judicial se antoja fundamental para que el grupo de consumidores afectados por un abuso concreto tome conciencia de colectivo y obligue a dar soluciones globales a los afectados, ya que se trata de abusos cometidos por unas prácticas o clausulados idénticos aplicados a un gran número de clientes.

No obstante, y dada la dificultad de que una entidad financiera o una gran multinacional se avenga a resolver de forma global un conflicto que, no olvidemos, ha sido premeditamente creado por ella, es necesario que en sede judicial existan vías adecuadas y eficaces para que grandes colectivos de afectados puedan obtener la declaración de abusividad de una serie de prácticas o cláusulas pseudofraudulentas y, además, un resarcimiento puesto que estos abusos afectan directamente a la estabilidad del presupuesto familiar de gran parte de ellos.

En este sentido, el ordenamiento jurídico español y la normativa europea están plagados de referencias a buenas intenciones referidas a la acción colectiva como se verá a continuación. No obstante, la plasmación de estas normas, la mayoría de ellas directivas, en nuestro ordenamiento jurídico español se ha hecho de una forma confusa. Todo ello ha deparado una normativa que no es clara ni en lo sustantivo ni en lo procesal. En lo sustantivo, porque permitiéndose actuar frente a cláusulas abusivas y publicidad engañosa, no es tan clara en lo que se refiere a las prácticas abusivas. Además, la ambigüedad de los términos han permitido resoluciones tan escandalosas como la Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de mayo que declarando la nulidad de unas cláusulas no lo hace de forma general para unas entidades y además, por un defecto procesal del despacho que lo solicitó, no concede la devolución de las cantidades. De igual forma, existen posiciones contradictorias respecto a la posibilidad de solicitar indemnizaciones en el ejercicio de estas acciones denominadas colectivas. En lo procesal, la falta de claridad en aspectos como la legimitación, la posibilidad de acumular acciones, el cauce para sustanciarlas, etc. ha provocado que numerosos juzgados hayan decidido evitar pronunciarse sobre estas acciones o rechazándolas basándose en todas estas imprecisiones.

El arma más recurrente utilizada por las entidades financieras frente a este tipo de acciones lo constituye el vicio de consentimiento y el "caso por caso". No es de recibo que decenas de miles de casos y abusos idénticos provocados por estas entidades tengan que ser juzgados uno por uno, con los costes, esperas y riesgos de soluciones contradictorias que ello conlleva. Al margen por supuesto del absurdo que constituye este método.

La acción colectiva es un derecho de los usuarios íntimamente conectado con el de la tutela judicial efectiva y que debe ser respetado y hecho efectivo en la vorágine de la contratación en masa que provoca una posición de inferioridad evidente entre los usuarios y la entidad financiera. Sólo un empuje decidido de operadores del derecho, legisladores y asociaciones, entre otros, puede provocar que esta actuación colectiva triunfe y dote de la verdadera madurez a nuestro sistema judicial que todos proclaman pero que casi nadie, excepto ADICAE y algunos pocos autores y jueces, defienden de verdad.

3. DEFENSA COLECTIVA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS ANTE LOS TRIBUNALES

Jose Manuel Busto Lago
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña

3.1. La tutela judicial colectiva de consumidores y usuarios en el derecho derivado de la UE: De las acciones colectivas de cesación a las acciones colectivas por daños.

En el ámbito de los mecanismos de protección o tutela procesal de los consumidores y usuarios en el ámbito del Derecho derivado de la UE, los logros y avances no han sido tan importantes como en el ámbito del Derecho sustantivo de consumo, probablemente a causa de la autonomía de los Estados miembros en la regulación de sus propios procedimientos judiciales, lo que genera resistencias a la admisión de normas que traten de uniformizar estos instrumentos; así como a la concienciación tardía de los propios consumidores acerca de las bondades de los sistemas y mecanismos de tutela colectiva. En el ámbito del Derecho derivado de la UE y en cuanto a los medios de tutela procesal de los consumidores y usuarios resultan relevantes las siguientes normas:

• **Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores** (DO L 95, de 21 de abril de 1993), cuyo art. 7 prescribe que los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medido adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisando el apartado 2º de este mismo precepto, que estos medios incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir, según el Derecho nacional, a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. El objetivo de estas acciones para las que han de estar legitimadas activamente las organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, constituido por la declaración del carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales predispuestas y previstas para su utilización en un generalidad de contratos por un empresario o profesional, así como la interdicción de su utilización, ha sido reiterado por la jurisprudencia del TJUE (así, v.gr., STJCE de 24 de enero de 2002, Comisión vs. Italia [asunto C-372/99] [TJCE 2002\25] y STJUE de 26 abril de 2012 [asunto C-472/10, «Invitel»] [TJCE 2012\98]).

• **Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores** (DO L 166, de 11 junio 1998); codificada por la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses

de los consumidores (DO L 110, de 1 de mayo de 2009).

• **Reglamento (CE) 2006/2004,** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, en tanto que posibilita que la autoridad de consumo de un Estado miembro pueda emprender acciones judiciales a requerimiento de uno de sus homólogos de otro Estado miembro, con el fin de proteger los intereses de los consumidores y usuarios afectados o lesionados por prácticas comerciales desleales originadas en los Estados en los que se pretende la interposición de la acción judicial.

La «Estrategia de la Unión Europea en materia de consumidores 2007-2013» subrayó la necesidad de mejorar la legislación en materia de contratos transfronterizos y la creación de un sistema de remedios y ejecuciones, incluyendo expresamente la consideración de mecanismos de recursos (o acciones) colectivos. A partir del año 2008, en el ámbito de las acciones colectivas ha habido numerosas iniciativas por parte de la Comisión de la UE. Así, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Definición del papel y del régimen de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho comunitario del consumo», aprobado los días 13 y 14 de febrero de 2008[50], destaca la reiteración en el objetivo crear una acción colectiva comunitaria que permita acceder a la justicia a todos los consumidores, abaratar los costes y evitar contradicciones entre la jurisprudencia de los órganos judiciales de los Estados miembros que tengan que dirimir litigios singulares sobres cuestiones idénticas (§ 4.4). La acción colectiva que se propone en este Dictamen del CESE de 2008 se adecua a las siguientes características: 1ª) Que no sea una acción de representación, ni una «class action» del sistema norteamericano. 2ª) Que se adopte uno de los modelos de inclusión o exclusión de terceros («opt-in» / «opt-out»), sin decantarse por ninguno de los dos. 3ª) Que se defina el papel, relevante, del Juez. 4ª) Que a través de su ejercicio se pueda promover una efectiva reparación de los daños causados.

Con posterioridad vio la luz el **Libro Verde sobre el recurso colectivo** de los consumidores (COM(2008) 794, de 17 de noviembre de 2008), acompañado de un documentos con preguntas y respuestas (MEMO/08/741, de 27 de noviembre de 2008) y un Libro Blanco en el ámbito del Derecho del consumo y del Derecho antimonopolio (prácticas antitrust), con un estudio sobre la problemática suscitada por la tutela colectiva de los consumidores («Study regarding the problems faced by consumers in obtaining redress for infringements of consumer protection legislation, and the economic consequences of such problems», realizado

La exigencia de la UE de crear mecanismos judiciales efectivos y asequibles para los consumidores ha sido muy atenuada en cada legislación de cada estado miembro.

50 .- DOUE C 161/1, de 25 de junio de 2008.

por Civic Consulting and Oxford Economics, 2008), en el que se evalúan las cuestiones a las que se enfrentan los consumidores a la hora de obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos y sus consecuencias económicas; así como un estudio de evaluación en el que se contempla la efectividad y la eficiencia de los mecanismos de reparación colectiva existentes

En el momento presente no existe en el Derecho derivado de la UE una regulación de las acciones colectivas por daños.

en los distintos Estados integrantes de la UE («Study on teh Evaluation of the effectiveness and efficiency of Collective Redress mechanisms in the European Union», realizado por GHK, Civic Consulting and Van Dijk Management Consultants).

El Parlamento Europeo en su **Resolución de 2 de febrero de 2012** («Towards a coherente European approach to collective redress [2011/2089(INI)]») se ha mostrado favorable al enfoque horizontal en la regulación de las acciones colectivas, de manera que se establezcan normas comunes reguladoras de acciones colectivas en Derecho de consumo y en Derecho antitrust. Hasta esta fecha, las instituciones europeas se aferraban a la idea de la no adopción de un sistema de acción colectiva propio del modelo norteamericano, partiendo de la toma en consideración de los abusos que éste permite (en esencia, se está pensando en el lucro de los abogados a través de la percepción de un porcentaje de lo obtenido como consecuencia de la acción colectiva), de manera que se trataría de proponer un modelo de acción colectiva de estilo europeo.

Pues bien, en esta Resolución se destaca el predominio de la tutela individual de los intereses sobre el colectivo o público, si bien reconoce que existen determinados ámbitos en los que la tutela tradicional (individual) no es idónea o suficiente, como acontece señaladamente en el caso de indemnizaciones a los consumidores o las reclamaciones de deudas de pequeña cuantía. En estos casos, se admite la bondad de los instrumentos alternativos de resolución de conflictos (ADR) o procedimientos como el procedimiento europeo de escasa cuantía, siempre que éstos tengan carácter complementario y no sustitutivo. Asimismo, se declara que cualquier configuración de una acción colectiva debe superar los obstáculos que pueden derivarse de una eventual vulneración del principio de audiencia y del derecho de defensa, rechazando, por este motivo, el sistema «opt-put».

En el momento presente no existe en el Derecho derivado de la UE una regulación de las acciones colectivas por daños, sin perjuicio de que, como se ha expuesto, se estén dando los primeros pasos en esta dirección.

En estos primeros pasos la acción colectiva europea se configura atendiendo a las siguientes premisas:

1ª) Acoger el sistema de necesaria adhesión a la acción (sistema «opt-in»).

2ª) Respetar los sistemas nacionales vigentes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, descartando un sistema de demandas colectivas en el que las víctimas no estén identificadas antes del pronunciamiento de la sentencia, al resultar contrario a los principios que rigen el proceso

en distintos Ordenamientos jurídicos nacionales, al violar los derechos de las víctimas o perjudicados que podrían resultar afectados por una resolución judicial dictada en un procedimiento cuya existencia desconocían.

3ª) Los Estados miembros determinarán las organizaciones a las que atribuir la legitimación activa para ejercitar estas acciones.

4ª) Los perjudicados deben gozar de la posibilidad de buscar alternativas individuales de reparación, también a través del ejercicio de acciones judiciales individuales.

5ª) El marco horizontal sólo debe incluir las indemnizaciones por daños reales, prohibiéndose las indemnizaciones de naturaleza punitiva (los daños punitivos) e imperando la proporcionalidad en el reparto de la indemnización que se conceda.

3.2. Marco legal de la tutela colectiva, en vía judicial, de los derechos e intereses de los consumidores de productos y servicios financieros en el derecho español. Valoración crítica.

3.2.1. Breves antecedentes históricos normativos.

Como primer hito de la defensa de los consumidores y usuarios podemos indicar que el art. 20.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, en adelante LGDCU, -en su inicial redacción-, determinaba que las asociaciones de consumidores podían ejercer las correspondientes acciones en defensa de sus asociados, de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

En este sentido es preciso decir que, aunque la ley procesal (aún) no regulaba en este momento embrionario el acceso de las Asociaciones de Consumidores a la vía jurisdiccional para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios –en su sentido DIFUSO-, el reconocimiento en una norma de carácter material de derechos como los examinados determinó una corriente de proteccionismo de los derechos de los consumidores y asentó la idea de que los derechos sociales y colectivos son tan importantes como los individuales.

Conforme al mandato constitucional y siguiendo de cerca la estela de la promulgación de la LGDCU el art. 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, supuso un importante refuerzo para la estructura de defensa de los consumidores y usuarios, indicando que:

> «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

La LOPJ fue el "pistoletazo de salida" para la regulación posterior de diversas acciones de cesación en algunas normas sectoriales, que venían a cerrar este círculo:

A) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad;

B) Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal;

C) Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación;

En este sentido debemos señalar una evidente disfunción del sistema establecido en aquel momento. Si bien estas leyes permiten a las asociaciones de consumidores (entre otros) ejercitar acciones colectivas de cesación de conductas y prácticas abusivas o de la utilización de cláusulas abusivas, no permitían (simultáneamente) la reclamación de daños y perjuicios y la restitución de la situación anterior salvo en aquellos casos en los que el afectado (persona física) se persone en la acción y asuma un rol "actuante".

Posteriormente la LCGC sí ha permitido, tras la reforma operada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (conforme a su **Disposición Final 6ª**) la acumulación a la acción colectiva de cesación de la acción de devolución de cantidades y daños y perjuicios causados por la aplicación de las condiciones cuyo cese se solicite.

No debemos olvidar que asimismo tras la modificación, según la **Disposición Adicional Cuarta de la LCGC** «Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Asimismo, las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio».

A la vista está que el legislador se encontraba ampliamente concienciado con la necesidad de poner freno a actuaciones infractoras y vulneradoras de los derechos de los consumidores desde el mismo momento en que se producían.

Finalmente la regulación relativa a consumidores y usuarios ha sido unida en un compendio, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3.2.2. Análisis crítico del marco legal recogido en la LECiv.

El art. 11 de la LECiv, que regula la legitimación activa para el ejercicio judicial de las acciones tendentes a la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, viene a afirmar en el inciso inicial de su apartado 1º, en cualquier caso y como no

podía ser de otra manera, la legitimación individual del consumidor o del usuario individualmente perjudicado para ejercitar las acciones judiciales de sus derechos e intereses legítimos (obviamente cabe también la acumulación subjetiva de acciones individuales frente a un mismo empresario o profesional, cuando concurran el requisito que exige el art. 72 de la LECiv: existencia de un nexo por razón del título o causa de pedir); mientras que, en su inciso segundo establece la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para el ejercicio de acciones en defensa de los derechos e intereses de sus asociados, de la propia asociación y de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Supuestos de pluralidad de consumidores afectados: La legitimación activa para el ejercicio de acciones de tutela colectiva.

En aquellos supuestos en los que el objeto de protección no es únicamente un concreto derecho subjetivo o un interés legítimo o jurídicamente protegido lesionado cuya titularidad activa se integra en el patrimonio de un consumidor o de un usuario, legitimado activamente para el ejercicio de la acción en defensa del mismo, sino que se trata de proteger intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores –diferenciándose aquellos fundamentalmente en atención a si están o no determinados los consumidores a los que afecta la conducta lesiva frente a la que se reacciona-, el Ordenamiento jurídico español contempla la posibilidad de ejercicio de las genéricamente llamadas «acciones colectivas». La legitimación activa para el ejercicio de estas acciones se expone en los epígrafes que siguen.

Con carácter general y con un valor meramente aproximativo, puede decirse que por intereses colectivos han de entenderse aquéllos que no son una mera acumulación o suma de intereses subjetivos individuales, en expresión utilizada por la Directiva 98/27/CE. El interés colectivo trasciende al meramente subjetivo de cada uno de los perjudicados individualmente considerados, de manera que la acción que se ejercita en su defensa no pretende sólo la protección de los intereses individuales de cada uno de aquellos perjudicados, sino también –y fundamentalmente- contra una conducta hábil para la causación de perjuicios a una pluralidad de consumidores o de usuarios, contribuyendo la resolución que estime la acción a evitar la extensión del perjuicio a otros potenciales afectados y disuadiendo al profesional o al empresario al que le sea imputable de la realización de comportamientos similares en el futuro. En el Ordenamiento jurídico español, la toma en consideración, de manera conjunta, de la legislación sustantiva, que reconoce concretos derechos a los consumidores y usuarios, y de la legislación procesal, que contempla la legitimación activa para el ejercicio de tutela de acciones de intereses colectivos –y difusos-, permite afirmar la posibilidad de ejercitar pretensiones propias de acciones colectivas típicas –como acontece con el caso paradigmático de la acción de cesación-, como pretensiones atípicas, en el sentido de inexistencia de una acción tipificada para la protección de con-

sumidores y usuarios cuyos derechos o intereses legítimos resulten vulnerados de manera supraindividual o colectiva[51].

El consumidor o usuario individual carece de legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas.

En el caso de que un consumidor individual pretenda el ejercicio de una acción colectiva que afecte a un grupo de consumidores o usuarios o a un número indeterminado o difícil de determinar de éstos, de manera que pretenda la tutela de intereses colectivos o de intereses difusos, carecerá de legitimación activa, en tanto en cuanto, la LECiv sólo atribuye legitimación activa (de carácter extraordinario) para el ejercicio de acciones de tutela de intereses colectivos a los grupos de consumidores afectados y a las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11.2 LECiv); mientras que para la tutela de los intereses difusos (caso en el que los derechos e intereses legítimos afectaos corresponden a una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación) la legitimación activa es todavía más restringida en cuenta que, conforme al art. 11.3 de la LECiv, ésta corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas. A los consumidores y usuarios individuales sólo excepcionalmente se les reconoce legitimación activa para el ejercicio de específicas acciones de cesación, como, v.gr., en el caso contemplado en la letra a) del art. 31 de la LSSICE, si bien, también en estos casos la tutela lo será única y exclusivamente del interés del consumidor o usuario actor, pero no de los otros eventuales afectados por un mismo o similar hecho dañoso (así, v.gr., SAP Segovia, Secc. 1ª, 447/2006, de 12 de febrero).

---

51 .- La toma en consideración de la realidad jurisprudencial en España nos muestra distintos supuestos de estimación de pretensiones colectivas, tanto formulando la pretensión de resoluciones de contratos de financiación individuales con fundamento en el incumplimiento contractual del empresario o profesional obligado a prestar el servicio contratado –fruto de varios procesos colectivos con ocasión del cierre de las academias de inglés «Opening» y «Wall Street Institute», v.gr., SAP Sevilla, Secc. 5ª, de 22 de enero de 2004 [AC 2004\5] –en la que puede leerse que la Sala tiene dudas de que puedan ser objeto de una acción colectiva la resolución masiva de contratos sin que intervengan en el proceso las personas que los han suscrito-; la SAP A Coruña, Secc. 4ª, 269/2005, de 23 de junio [recurso de apelación 172/2005] y la SAP de Madrid, Secc. 19ª, de 16 de enero de 2006 [JUR 2006\54737]-; como pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios derivados de incumplimientos contractuales –v.gr., caso de incumplimientos de deberes por los concesionarios privados de servicios públicos, como el contemplado por la SAP Burgos, Secc. 3ª, de 31 de julio de 2006 [AC 2007\108], revocada, en parte, por la STS de 15 de julio de 2010 [RJ 2010\6049], que estima, parcialmente, la acción colectiva de tutela de intereses difusos ejercitada, reconociendo la existencia de un daño moral indemnizable a los conductores que acreditasen haber padecido la situación de bloqueo por la nevada en una determinada fecha (27 y 28 de febrero de 2004, en la AP-I); o de la continuidad del servicio en el caso resuelto por la SAP Barcelona, Secc. 11ª, de 21 de octubre de 2010 [JUR 2010\383076], como consecuencia de la interrupción del suministro de energía eléctrica en Barcelona en el mes de julio de 2007-. Por el contrario, la SAP de Valencia, Secc. 9ª, de 9 de junio de 2008 [AC 2008\1542], en un supuesto de acción colectiva de resolución contractual de contratos de financiación concertados para el pago de la enseñanza de inglés por una de las academias que dejaron de prestar sus servicios de manera intempestiva, estima el argumento esgrimido por la entidad bancaria demandada, considerando que no puede instarse con éxito la acción de resolución en masa de contratos de financiación, señalando que resulta «improcedente que por vía de defensa de intereses colectivos […] pueda sancionarse la resolución de todos y cada uno de los contratos de enseñanza de forma genérica y absolutamente abstracta e indeterminada sin especificación alguna […] pues constituyen derechos individuales y subjetivos, específicos de las relaciones subjetivas de cada persona interviniente en cada contrato y por ende no puede elevarse a categoría de interés colectivo, ese efecto contractual que, en todo caso, exige que se deduzca tal pretensión en el procedimiento por el consumidor afectado».

La falta de legitimación activa de consumidores individuales para el ejercicio de acciones colectivas de tutela de intereses de esta naturaleza ha sido declarada expresamente por la SAP Barcelona, Sección 14ª, de 3 de noviembre de 2003 [AC 2003\1763], a propósito del ejercicio por un consumidor individual de una acción de condena frente a la entidad «RENFE», tendente, no sólo a que se obligase al resarcimiento por ésta del daño sufrido por la falta de claridad del contenido informativo del billete de transporte, sino también y principalmente a que se obligase a «RENFE» a introducir una información específica en todos sus billetes de transporte de viajeros de cercanías, consistente en que se indicara que sólo servían para este tipo de trenes, con exclusión de cualquier otro, aunque tuviera parada en la mima población. La AP de Barcelona, consideró que el consumidor individual carecía de legitimación activa para el ejercicio de esta acción, pues «debe entenderse con ello que por el particular se pretende el ejercicio de una acción colectiva, en el sentido de afectar a un número indeterminado o difícil de determinar de personas, es decir, todas aquellas que usen o vayan a usar del transporte de cercanías de RENFE, con lo que está ejercitando la acción en defensa de unos "intereses difusos", para la que la LECiv sólo atribuye legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas» (FD 3º).

Los grupos de consumidores «afectados»

Pese a que carecen de personalidad jurídica, el art. 6.1.7º de la LECiv reconoce la capacidad para ser parte en un procedimiento judicial a «los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables». La norma que acaba de ser trascrita supone el reconocimiento legislativo de la capacidad procesal –capacidad para ser parte en un procedimiento judicial- a los grupos de consumidores / usuarios afectados por un hecho lesivo de sus derechos o de sus intereses legítimos. Se trata de una norma que posibilita ser parte en un procedimiento judicial a grupos o colectivos de afectados que carecen de personalidad jurídica (así lo reconoce expresamente el art. 7.7 de la LECiv), sin perjuicio de que puedan constituirse en persona jurídica –habitualmente se tratará de una asociación-, en cuyo caso nos encontraremos ante un supuesto distinto que analizamos más adelante.

El mencionado art. 6.1.7º de la LECiv supedita expresamente la capacidad procesal de los «grupos de consumidores» a la concurrencia cumulativa de los tres siguientes requisitos:

1º) Que se trate de un grupo de consumidores o de usuarios afectados por un hecho dañoso que afecte a sus intereses en materia de consumo, pues en caso de tratarse de un litigio en una materia distinta, su capacidad procesal habrá de determinarse atendiendo a las restantes modalidades de entes sin personalidad que se contempla en el precepto que nos ocupa, sin perjuicio de la posibilidad de adquirir la personalidad jurídica que les habilite para actuar en un procedimiento judicial.

2º) Las personas físicas, afectadas por el hecho dañoso en su condición de consumidores o de usuarios, que integran el grupo han de estar determinadas o han de ser fácilmente determinables. Sobre el propio grupo de afectados recae la carga de probar el cumplimiento de esta exigencia, lo que, en muchas ocasiones resultará dificultoso, especialmente en aquellos supuestos en los que el colectivo de afectados o de potenciales afectados varíe con el transcurso del tiempo.

3º) Es necesario que «el grupo se constituya con la mayoría de los afectados» (a tenor del inciso 2º del propio art. 6.1.7º de la LECiv), recayendo también sobre el propio grupo la carga de la prueba de esta circunstancia, derivándose, en este caso la dificultad de la prueba tanto de la posible existencia de una pluralidad importante de consumidores o usuarios, como de la posible mutación o variación del número de afectados por el transcurso del tiempo, de manera tal que la formación inicial de una mayoría, deje de serlo con el aumento diacrónico de aquel número.

En principio la constitución del grupo de consumidores afectados es anterior al momento de ejercicio judicial de la acción y extrajudicial, si bien, dadas las dificultades que ello puede entrañar, la LECiv, en el marco de las diligencias preliminares de los procesos declarativos, se contempla expresamente la posibilidad que quien pretenda iniciar un proceso preordenado a la defensa de intereses colectivos de consumidores o de usuarios, pueda dirigirse al Juez para preparar el juicio posterior y al objeto de concretar los integrantes del grupo de afectados que no están determinados o no son fácilmente determinables. A estos efectos, el Juez o Tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación (art. 256.1.6º de la LECiv). En todo caso, se trata de un instrumento judicial que se pone a disposición de los afectados, sin que su utilización, como modo de preparar el juicio, sea de carácter imperativo, pudiendo acreditar la integración del requisito que nos ocupa sin necesidad de acudir a la ayuda judicial.

El art. 11.2 de la LECiv atribuye la legitimación activa para el ejercicio judicial de las acciones que corresponda, en función

Los grupos de usuarios pueden reclamar judicialmente por abusos en materia de consumo.

del tipo de daño o lesión que hayan experimentado los consumidores o usuarios y de la tutela que se pretenda por ellos, a los propios grupos de afectados, siempre, una vez más se reitera el requisito, que sus «componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables» (sin perjuicio de la legitimación activa que, también en estos casos y para el ejercicio de acciones colectivas se atribuye en el mismo

precepto a las asociaciones de consumidores y a las demás entidades legalmente constituidas que tenga por objeto la defensa o la protección de éstos). La expresión utilizada por el precepto legal, «fácilmente determinables», debe ser entendida como referida al grado de identificar a los afectados por la acción lesiva frente a la que se ejercita la acción de tutela, por no a la laboriosidad que pueda conllevar la tarea tendente a la determinación. Así lo ha puesto de manifiesto, v.gr., la Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 22 de enero de 2004 [AC 2004\5], a propósito de la determinación de los afectados por el cierre de la cadena de academias de enseñanza de inglés «Opening»:

«En el caso de autos los afectados son personas que necesariamente han firmado contratos por escrito con alguna o algunas de las entidades demandadas, contratos que por tanto han debido quedar registrados por dichas entidades. La determinación exacta del colectivo puede lograrse mediante la solicitud a los administradores de lasa entidades demandadas de los listados de los contratos concertados en vigor a la fecha del cese de los cursos de inglés que se impartían, para lo cual está incluso expresamente previsto una diligencia preliminar en el apartado 6º del art. 256.1 de la LECiv» (FD 3º).

En los casos en que la acción de protección de los derechos o intereses legítimos del colectivo de consumidores o de usuarios afectados sea ejercitada por el grupo, sin constituirse en persona jurídica, se pueden plantear problemas, alguno de ellos de difícil respuesta, a los que la Ley no da una respuesta expresa y entre los que se pueden enunciar los siguientes:

1º) ¿Quién controla que el grupo de afectados que ejercita la acción cumple el requisito de estar integrado por la mayoría de los afectados?

El Juez competente para conocer del asunto está facultado para llevar a cabo, de oficio, el control del cumplimiento de este requisito atinente a la formación y mantenimiento de una adecuada representación por quienes ejerciten una acción de tutelar de los intereses del grupo a que pertenecen. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la LECiv, «la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso».

2º) ¿Qué sucede en el caso de pérdida sobrevenida del requisito de la mayoría?

Constatado el incumplimiento de este requisito, determinante de la falta o defecto de capacidad de esta procesal, sea originaria o sobrevenida y no subsanada en el plazo establecido al efecto, resulta ser un defecto insubsanable (ex arts. 9 y 418 de la LECiv), el procedimiento habrá de finalizar.

Obviamente en el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios estos problemas derivados de la necesidad de controlar que se cumpla el requisito de que la acción sea ejercitada por la «mayoría» de los afectados no existen y ello porque la legitimación de aquellas entidades es independiente de su base personal, que

sólo podría, en su caso, incidir en su consideración como asociaciones «representativas», o no.

Las asociaciones de consumidores y usuarios: Legitimación activa para el ejercicio de acciones de tutela de intereses colectivos y de intereses difusos, en el caso de asociaciones representativas.

La legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios no constituye un «novum» que haya introducido la LECiv/2000 en el Ordenamiento jurídico español (arts. 11.1, 2 y 3 y preceptos concordantes). En efecto, ya el art. 20.1 de la LGDCU de 1984, al tiempo que atribuyó a las asociaciones de consumidores y usuarios, como su cometido primordial, la defensa de los derechos e intereses de éstos, les confirió la capacidad para representar a sus asociados en procedimientos judiciales y legitimación activa en orden a que pudieran «ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos [de los consumidores y usuarios asociados], de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios». La legitimación activa para de las asociaciones vino a reconocerse también en la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndose extensiva también a los meros grupos de sujetos afectados, incluso sin necesidad de hallarse organizados en asociaciones o en corporaciones legalmente habilitadas para actuar en defensa de sus integrantes o componentes:

> «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción» (art. 7.3 de la LOPJ).

En virtud de las previsiones contenidas en los arts. 24.1 y 37.c) del TRLGDCU y 16.1 del RD 825/1990, de 22 de junio (regulador del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones) [SJM Badajoz 1, de 15 febrero 2011 [AC 2011\405]], las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones –también en la vía jurisdiccional- en su defensa. Está legitimación activa, de carácter extraordinario –en cuanto que, con excepción de la regla general de conformidad con la cual las acciones sólo pueden ejercitarse por sus titulares, se atribuye la posibilidad de ejercicio a otros sujetos distintos-, de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones en defensa de sus asociados ha de reconocerse en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, como ha venido a reconocer expresamente la STC (Sala 2ª) 73/2004, de 22 de abril, a propósito de la legitimación activa de una asociación de esta naturaleza (la OCU) para interponer recursos contencioso-administrativos que tenían como objeto la impugnación de una liquidación tributaria en la que se cuestionaba la aplicación de la deducción en concepto de IRPF por inversión en una vivienda habitual practicada por un

consumidor. El TC razona en dicha Sentencia que no cabe excluir que, en ciertos supuestos y en el marco de una relación jurídica tributaria, se vean afectados los derechos e intereses del sujeto pasivo como consumidor o usuario y que, por lo tanto, con ocasión de una liquidación tributaria se produzca dicha afectación y ello porque las liquidaciones repercuten en los intereses del sujeto pasivo en su condición de consumidor o de usuario, al tiempo que determina y condiciona de manera relevante sus comportamientos y decisiones como consumidor o usuario (en el caso contemplado por la referenciada STC, como consumidor en la adquisición y financiación de la vivienda). También la STC (Sala 1ª) 219/2005, de 12 de septiembre, ha venido a reconocer la referida legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

"«Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (...)» (art. 7.3 de la LOPJ)".

Como personas jurídicas que son, las asociaciones de consumidores y usuarios tienen capacidad procesal para ser parte en un procedimiento judicial (art. 6.1.3º de la LECiv) y gozan de legitimación activa para el ejercicio de acciones, articuladas a través del procedimiento que corresponda, dirigidas a defender tanto los derechos e intereses de sus asociados y los de la propia asociación, como los intereses generales de los consumidores y usuarios (art. 11.1 de la LECiv):

> «Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios» (art. 11.1 de la LECiv).

El art. 33.1 TRLGDCU establece que las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores que se gestiona en el Instituto Nacional de Consumo, al tiempo que se contempla la utilización por estas entidades asociativas, en el ámbito de sus actividades propias, del número de inscripción registral. El acceso a la inscripción registral de las asociaciones de consumidores y usuarios requiere el cumplimiento de las exigencias previstas en los Capítulos I y II del Título II del Libro primero del TRLGDCU (arts. 22 a 32), atribuyéndose al INC facultades de fiscalización de su cumplimiento en orden a la inscripción, así como para el mantenimiento de la misma una vez practicada, a cuyos efectos se pueden contratar entidades externas e independientes que realicen labores de auditoría (art. 34 TRLGDCU). La realización por las asociaciones de

consumidores y usuarios de actuaciones prohibidas por los arts. 23.3 –exige la independencia de los operadores del mercado y de los poderes públicos– y 27 –explicita los requisitos de la independencia–, determina la exclusión de dicho Registro, previa tramitación del pertinente procedimiento administrativo (art. 35 TRLGDCU). El TRLGDCU no es tan claro como debiera en cuanto al valor de la inscripción registral de las asociaciones de consumidores y usuarios. En efecto, en su art. 33.1 se establece la inscripción en el registro especial que se gestiona en el INC como un deber que se impone a todas las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y a las que no realicen principalmente sus funciones en el ámbito territorial de una CA. Por su parte, el art. 37 TRLGDCU dispone que las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, tienen derecho, en los términos en que legal o reglamentariamente se determine, a: 1º) Ser declaradas de utilidad pública. 2º) Percibir ayudas y subvenciones públicas. 3º) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios. 4º) Disfrutar del derecho de asistencia jurídica gratuita en la forma prevista en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. 5º) Integrarse en el Consejo de Consumidores y Usuarios (a que se refiere el art. 38 del TRLGDCU, como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones; regulado en virtud del RD 894/2005, de 22 de julio).

En consecuencia, pese a que las asociaciones de consumidores y usuarios se constituyen válidamente mediante el simple acuerdo de constitución y el otorgamiento del acta fundacional, la legitimación de estas entidades asociativas de defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, para el ejercicio de las acciones judiciales de tutela de aquéllos se encuentra sometida a los condicionamientos que resultan de lo dispuesto en el art. 33 del TRLGDCU y, en particular, a la exigencia de la inscripción registral. Así lo ha venido a refrendar la STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013\3088] –siguiendo, en este aspecto, la doctrina que resulta de la anterior STS de 15 de julio de 2010 [RJ 2010\6049]-, al afirmar, en su ordinal 71º, que «el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Es preciso que la asociación, cuando es de ámbito supraautonómico […], esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios».

El **Auto de la AP A Coruña, Secc. 4ª, 3/2013, de 18 de enero**, en cuanto a la legitimación activa de las acciones de consumidores y usuarios para ejercitar acciones en nombre de sus representados, recuerda

que las normas procesales, de conformidad con la interpretación jurisprudencial de que han sido objeto, admiten una legitimación amplia de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para ejercitar acciones en nombre de sus representados –lo que ha venido a reforzarse de manera evidente con el contenido de los arts. 6 y 11.1 de la LECiv-, siendo manifestación de esta doctrina jurisprudencial, las SSTS de 18 de mayo de 1993 [RJ 1993\3558] y de 20 de noviembre de 1996 [RJ 1996\8371] que, dictadas al amparo de la normativa vigente antes de la entrada en vigor de la LECiv 1/2000, hablan de la sustitución procesal del consumidor por la asociación a la que pertenece; y la de 7 de noviembre de 2003 [RJ 2003\8272], en la que se considera suficiente con que con la demandad se hubiesen acompañado las peticiones de los afectados, como socios de la actora –la «Unión de Consumidores»-, para que ésta se considere legitimada activamente para el ejercicio de acciones.

Los siguientes apartados del art. 11 de la LECiv precisan la legitimación activa de dichas asociaciones para el ejercicio de las acciones de protección colectiva tanto si los consumidores o usuarios están determinados o son fácilmente determinables (art. 11.2 de la LECiv), como si de trata de una pluralidad de consumidores o usuarios perjudicados indeterminados o de difícil determinación (art. 11.3 de la LECiv). En el primer caso, se trata de tutelar derechos subjetivos o intereses legítimos de los consumidores o usuarios determinados, exigiéndose la concurrencia de un hecho dañoso común, en los términos del art. 15.2 de la LECiv; mientras que, en el segundo, nos situamos en el ámbito de la tutela de los llamados «intereses difusos».

En cuanto al supuesto de asociación de consumidores y usuarios que ejercita una acción colectiva en defensa de los derechos e intereses de sus asociados, un ejemplo paradigmático está constituido por el ejercicio de la acción por la «Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE)» que dio lugar a la incoación del Procedimiento Ordinario 217/2012, seguido ante el JPI núm. 90 de Madrid, siendo demandada la entidad «Grünenthal Pharma, S.A.». La legitimación activa se argumenta en el art. 11.2 de la LECiv, con referencia expresa a los arts. 221 y 519 del mismo Texto Legal, indicando que lo que se pretende es la obtención de un fallo estimatorio para abrir la posibilidad de futuras adhesiones en el ejercicio de una «acción colectiva». Sin embargo, la Sentencia de 19 de noviembre de 2013, que pone fin a este procedimiento en la primera instancia, reconoció el derecho a la indemnización únicamente a los socios de la asociación actora, afectados por la Talidomida, por no tratarse de un supuesto subsumible en el segundo párrafo del art. 221.1.1ª de la LECiv.

El apartado 4º del referido art. 11 de la LECiv, fruto de la reforma de la misma llevada a cabo en virtud de Ley 39/2002, de 28 de octubre, atribuye legitimación activa a las asociaciones de consumidores, como «entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea», y concurrente con estas entidades y con el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de la acción de cesación en de-

fensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Tutela de los «intereses difusos» de los consumidores y usuarios.

La legitimación activa para la tutela de los llamados «intereses difusos» de los consumidores y usuarios –el TRLGDCU utiliza también la expresión «intereses generales y colectivos» para referirse a éstos-, caso en el que los concretos integrantes de la pluralidad de sujetos afectados o perjudicados resulta de difícil determinación o son indeterminados, corresponde en exclusiva a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (carecen de legitimación activa en este supuesto, por lo tanto, los grupos de afectados y las «entidades legalmente constituidas para la defensa de los consumidores y usuarios») y además sólo lo están aquéllas que «conforme a la Ley, sean representativas» (art. 11.3, in fine, de la LECiv). El art. 24.2 del TRLGDCU precisa que, a los efectos previstos en el art. 11.3 LECiv, tienen la consideración legal 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 la legislación específica de ésta, de manea que la representatividad puede referirse también a un ámbito autonómico en el que la asociación de que se trate desarrolle principalmente las actividades que le son propias (así, v.gr., art. 17 LECC, art. 17 LECUM y art. 53 LCUA, asumiendo la categoría de asociaciones de consumidores y usuarios más representativas en el ámbito autonómico, si bien no se ha generalizado en las demás regulaciones consumeristas de las CC AA). En este último supuesto, si la asociación actora se encuentra limitada territorialmente, de manera que es representativa en el ámbito de una determinada Comunidad Autónoma, la Sentencia que se dicte debe ser indicativa, en la forma en que establece el art. 221.1 de la LECiv, de las características que deben reunir los consumidores y usuarios afectados para poder beneficiarse de los pronunciamientos de la misma, de manera que sólo podrán ostentar esta condición subjetiva quienes se encuentren domiciliados o residan efectivamente en el territorio de la Comunidad Autónoma en el que la entidad asociativa actora sea representativa o, en su caso, que hayan experimentado el perjuicio a cuya indemnización tienen derecho a tenor de la Sentencia de cuya ejecución se trate en el territorio de aquella Comunidad Autónoma, con independencia del lugar en que residan o se hallen domiciliados.

La exigencia de la calificación de asociaciones de consumidores y usuarios representativas en orden a atribuirles legitimación activa para el ejercicio de las acciones en defensa de una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, que pudiera cuestionarse desde la perspectiva de restricción de la tutela, encuentra su sentido prístino en la idea de que las referidas acciones colectivas sean ejercitadas por entidades con cierto grado de implantación social, de manera que al legislador no le ha parecido razonable atribuir legitimación activa a estos

efectos a asociaciones de ámbito territorial muy limitado –provincial o local– puedan promover procesos en los que aparezcan implicados derechos o intereses de consumidores o usuarios dispersos por todo el territorio del Estado. A estos efectos debe de tenerse en cuenta que el ejercicio de estas acciones colectivas se conjuga con la posibilidad de los consumidores afectados de intervenir en el proceso a través del cauce que les ofrece el art. 15 de la LECiv y con la posibilidad de promover el incidente en la ejecución de la Sentencia que se dicte que permite el art. 519 LECiv.

La norma contenida en el art. 24.2 TRLGDCU supone atribuir a las asociaciones, federaciones, confederaciones y cooperativas de consumidores y usuarios, la calificación de asociaciones representativas por el hecho de formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, a cuyos efectos ha de tenerse en cuenta, que forman parte de este órgano de representación institucional de las organizaciones de consumidores y usuarios hasta un máximo de doce vocales, nombrados por Ministro de Sanidad y Consumo, a propuesta del Presidente del INC, tras la designación de un vocal titular y un suplente por parte de cada asociación o cooperativa de consumidores y usuarios seleccionada para estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios. Esta forma de selección resulta de las previsiones del art. 3 del RD 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios. El apartado 6º del precitado art. 3 del RD 894/2005 precisaba que la selección de las asociaciones, federaciones, confederaciones y cooperativas de consumidores y usuarios se realizará de conformidad con lo establecido en los arts. 22.5 y 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, entre aquellas que se hallen inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, con una antigüedad mínima de inscripción de cinco años y previa acreditación del cumplimiento de los requisitos que en aquel precepto se enunciaban. El referido art. 3.6 del RD 894/2005 ha sido declarado nulo por la STS (Contencioso-Administrativo, Secc. 4ª) de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1936).

ADICAE puede defender intereses colectivos y difusos de los usuarios en su condición de asociación de consumidores más representativa.

En cuanto a la concurrencia del presupuesto de que se trate de intereses que afecten a consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación y a las notas que permiten diferenciar este supuesto de tutela de intereses difusos, del supuesto de un grupo de consumidores afectados determinado o fácilmente determinable, es objeto de tratamiento en la STS de 13 de marzo de 2012 [RJ 2012\4527], señalando que la dificultad en la determinación de los consumidores perjudicados por la aplicación de cláusulas contractuales abusivas –y, por ello, sancionadas con la nulidad de pleno derecho (ex art. 83.1 del TRLGDCU)- no puede concurrir en el caso de que la empresa o profesional que la invoque o pretenda hacerla valer –ordinariamente para fundar la

falta de legitimación activa de la asociación actora- **está en situación de dar a conocer, a través de sus propios archivos, la identidad de las personas con las que se han concertado contratos en los que se hayan incluido las cláusulas litigiosas**. La referida STS cita como precedente, la STS de 29 de diciembre de 2010 [RJ 2011\148] que confirma en grado de casación las sentencias dictadas en ambas instancias, en virtud de las que se estimó la nulidad de determinadas cláusulas contractuales no negociadas individualmente (redondeo al alza del tipo de interés en contratos de préstamo pactados a interés variable) y las acumuladas de cesación en su utilización y de restitución de las cantidades indebidamente cobradas a sus clientes por la entidad financiera demandada. Sin embargo, el razonamiento del TS no puede admitirse sin una necesaria precisión y es que, en la literalidad de su formulación, resultaría de aplicación a todos los supuestos de acciones ejercitadas por una asociación de consumidores y usuarios frente a una empresa o profesional y que tenga por objeto contratos de consumo (B2C) celebrados por la demandada y ello por cuanto, la parte demandada siempre tendrá conocimiento de los contratos del mismo tipo por ella celebrados, con la posibilidad de identificar (con mayor o menor facilidad, en función del tipo de registro de los contratantes que se lleve) a los consumidores y o usuarios de sus servicios. Sin perjuicio de esta necesaria precisión, no puede preterirse el argumento derivado de la existencia de un archivo de los contratos celebrados con consumidores o usuarios por una empresa o profesional en orden a dilucidar la mayor o menor dificultad en la determinación de la identidad de aquéllos. Por otra parte y, este argumento milita en el mismo sentido de la precisión realizada a la afirmación del TS, la diligencia preliminar que se contempla en el art. 256.1.6º de la LECiv –sobre la que se volverá en este informe, infra, §.- está prevista para la determinación del grupo de consumidores o usuarios afectados por el ejercicio de una acción de tutela de intereses colectivos por una asociación de consumidores –luego, está pensada para supuestos de consumidores o usuarios determinados o fácilmente determinables- y no para supuestos de acciones de tutela de intereses difusos.

Por último, interesa destacar que la STS de 13 de marzo de 2012 [RJ 2012\4527] declara que la calificación de la facilitad o la dificultad de la determinación de los consumidores o usuarios perjudicados, de la que se deriva, a su vez, **la calificación de los intereses objeto de tutela como colectivos o como difusos** y, en consecuencia, la legitimación activa para el ejercicio de la correlativa acción (ex arts. 11.2 y 3 de la LECiv), **es susceptible de ser valorada en grado de casación** y, por lo tanto, permite fundar, en su caso, un recurso de esta naturaleza.

Entidades legalmente constituidas para la defensa y protección de los consumidores y usuarios.

Como hemos visto, en aquellos supuestos en los que el colectivo de perjudicados está determinado o es susceptible de fácil determinación, para el ejercicio de acciones de clase están activamente

legitimadas, en concurrencia con los grupos de afectados y con las asociaciones de consumidores –sean o no representativas-, las «entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o promoción [de consumidores y usuarios]» (ex art. 11.2 de la LECiv). Con esta denominación no se sabe, a ciencia cierta, a qué «entidades» pretende aludir el legislador, sin que del análisis de la tramitación parlamentaria de la LECiv puedan derivarse datos reveladores en este sentido. Parece, en todo caso, que el precepto está pensado para entidades constituidas antes de que se produzca el evento dañoso para los consumidores o usuarios frente al que se reacciona y que no se constituyen única y exclusivamente con este fin. Sea cual sea la interpretación que haya de dársele y de cuál haya sido la intención no revelada del legislador procesal civil, la expresión utilizada permite incluir y, por lo tanto, atribuir legitimación activa a las cooperativas de consumidores y usuarios, «entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa», en términos utilizados por el art. 23.1.II del TRLGDCU y a las que éste precepto asimila a las asociaciones de consumidores y usuarios. La regulación básica de las cooperativas de consumidores y usuarios se contiene en los arts. 127 y 128 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas.

Asimismo, dentro de las «entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de los consumidores y usuarios» debe incluirse el Instituto Nacional de Consumo –y los organismos de naturaleza similar constituidos conforme a la normativa propia de las CC AA– en tanto que se trata de un organismo autónomo, dotado de personalidad jurídica, gozando de la potestad administrativa precisa para el cumplimiento de sus fines, en los términos previstos por sus Estatutos (arts. 41, 42 y 45 de la Ley de 14 abril 1997, sobre organización y funcionamiento de la Administración General del Estado). A tenor de la Carta de Servicios del INC, aprobada por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo de 28 enero 2002, su objetivo está constituido precisamente por «velar por el respeto a los derechos de los consumidores y usuarios, protegiendo su salud y sus legítimos intereses económicos». Así las cosas, no parece caber duda de la consideración del INC como una de las entidades legalmente constituidas a que hace referencia el núm. 2 del art. 11 de la LECiv.

La regulación de la acción de cesación que se realiza en los arts. 53 a 56 del TRLGDCU no contempla la legitimación activa de las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, ni de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y tampoco de los colegios profesionales legalmente constituidos, que son entidades a las que el art. 16 LCGC atribuye también la legitimación para el ejercicio de las llamadas acciones colectivas contempladas en su art. 12, entre las que se encuentran las acciones de cesación y de retractación de la utilización de condiciones generales de la contratación que resulten contrarias a lo

dispuesto en la LCGC, así como la declarativa de una cláusula como condición general de la contratación en orden a instar su inscripción en el RCGC. Habida cuenta de que la razón de ser de esta previsión en relación con la legitimación activa de las asociaciones y corporaciones profesionales referidas no es sino el dotarlas de instrumentos para asegurar la competencia leal en el mercado, no existe razón alguna que justifique su ausencia en el elenco de sujetos activamente legitimados que se contemplan en los apartados 1º y 3º del art. 54 TRLGDCU. Por otra parte y para el caso de la acción de cesación genérica contemplada en el art. 54.3 TRLGDCU, la remisión al art. 11.2 LECiv en orden a la determinación de los sujetos activamente legitimados para su ejercicio y la previsión en éste de la legitimación de «las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o la protección de [los consumidores y usuarios]», puede amparar la legitimación «ad causam» de entidades o corporaciones empresariales o profesionales entre cuyas finalidades se encuentre el ejercicio de acciones de defensa o de tutela los derechos e intereses de consumidores y usuarios, pues se trata de una finalidad que caracteriza a las asociaciones de consumidores y usuarios, pero que no tiene por qué considerarse como un fin u objeto exclusivo de este tipo de entidades jurídicas asociativas.

El Ministerio Fiscal y su legitimación activa para el ejercicio de acciones de tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

De manera acorde con la función que al Ministerio Fiscal atribuye el art. 124 de la CE -«promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés tutelado por la Ley»-, así como el art. 3.6, 3.9 y 16 del EOMF, el art. 11.4 de la LECiv –añadido por la Ley 39/2002- le atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. En la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2010, de 19 de noviembre («acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios»), se argumenta que la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses colectivos o difusos responde además a la evidente dificultad que entraña el ejercicio de reclamaciones individuales por parte de los consumidores y usuarios perjudicados, y a la irrenunciable necesidad de facilitarles el acceso a la tutela jurisdiccional en el marco de una razonable economía procesal. Se recuerda en dicha Circular que resulta evidente que la posición procesal de un consumidor o usuario aislado en un pleito seguido contra una gran empresa, aunque teórica y formalmente sea equivalente a la de ésta última, no lo es en la práctica, lo que justifica la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés social eventualmente comprometido.

La inclusión de la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación en el art. 54.1 TRLGDCU concuerda con la función constitucional de éste y con el carácter supraindividual de los intereses que son objeto de protección, cuya

tutela excede o transciende el ámbito estrictamente privado, otorgándoseles un carácter de colectivos. Por otra parte la legitimación activa del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios no supone ninguna novedad en el Ordenamiento jurídico español, pues se prevé en el art. 16.6 de la LCGC para el caso de las acciones de cesación, de retractación y declarativa de una cláusula como condición general de la contratación a efectos de instar su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación cuando ésta proceda a tenor de lo dispuesto en el art. 11.2 de la LCGC; y se contemplaba también en el TRLGDCU, para el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización o recomendación de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios (letra c) del art. 54.1 LGDCU) y también frente a cualquier conducta empresarial o profesional que lesione los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios (art. 54.3.b) del TRLGDCU).

En otros ámbitos sectoriales propios del Derecho de consumo que no han sido objeto de refundición, la legitimación activa del Ministerio Fiscal se contempla en el art. 36de la LCCC/2011 (en tato que remite a la LECiv y al TRLGDCU); en el art. 21 de la LATBUT/2012 (remite a la LECiv y al TRLGDCU); en el art. 31, letra d), de la LSSICE; en el art. 15.3, letra c), LCDSF y en la letra c) del art. 11.2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, reguladora de la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. De igual manera, el Ministerio Fiscal está legitimado activamente para el ejercicio de la acción de cesación contra conductas en materia de publicidad de medicamentos de uso humano contrarias a las previsiones de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, a sus normas de desarrollo o a la LGS, que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios (art. 106.3.c); frente a conductas contrarias a la citada Ley 25/1994, de 12 de julio, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, siempre que lesionen intereses difusos o colectivos de los consumidores y usuarios (art. 22.3.c) y frente a conductas lesivas de los intereses generales, colectivo o difusos, de los consumidores y usuarios en materia de competencia desleal y de publicidad ilícita (art. 33.4 de la LDC, en la redacción que le ha dado la Ley 29/2009, de 30 de diciembre –y también el art. 6.2 de la LGPub-).

En consecuencia, el Ministerio Fiscal tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (art. 11.4 de la LECiv), así como para las acciones previstas en el art. 12.2 de la LCGC (devolución de cantidades indebidamente abonadas o pagadas como consecuencia de la ejecución de prestaciones previstas en condiciones generales declaradas nulas), pero carece de dicha legitimación para ejercitar acciones de nulidad de condiciones generales de la contratación que conlleven indemnizaciones o restituciones a favor de los consumidores o usuarios afectados. En este sentido se ha pronunciado el Auto AP

A Coruña, Secc. 3ª, 18/2013, de 15 de febrero [AC 2013\100], confirmando el Auto dictado por el JPI núm. 11 de A Coruña de 18 de septiembre de 2012 admitiendo la acción de cesación ejercitada por el Ministerio Fiscal e inadmitiendo la acción, acumulada a la primera, denominada de nulidad y resarcimiento frente a tres entidades financieras (luego fusionadas y transformadas en una entidad bancaria), en virtud de la que se pretendía la declaración de nulidad de contratos de suscripción de participaciones preferentes de dichas entidades por clientes minoristas, así como la restitución de las sumas empleadas en dicha suscripción como consecuencia de la nulidad contractual instada, fundada en la existencia de vicios en el consentimiento generados por la defectuosa información precontractual suministrada. La AP de A Coruña declara la falta de legitimación activa del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción que denomina como «ejercicio en masa de acciones individuales por ineficacia contractual».

La nueva redacción del art. 519 de la LECiv (fruto de la disp. final 3ª de la LCCC/2011), que se aplica en el caso de acciones de tutela de intereses colectivos (no, en el caso, de acciones de tutela de intereses difusos, en el sentido ya expuesto), atribuye expresamente legitimación activa –y extraordinaria, junto con los propios consumidores o usuarios beneficiados- al Ministerio Fiscal para instar la ejecución de sentencias de condena sin determinación individual de los consumidores o usuarios beneficiados que hayan sido dictadas en aplicación de las normas de consumo, en beneficio de los consumidores y usuarios afectados. Sin embargo, esta legitimación del Ministerio Fiscal no le permite solicitar que se dicte un auto reconociendo a determinados consumidores o usuarios como beneficiarios de un pronunciamiento de condena, como sí pueden hacerlo tanto los propios consumidores y usuarios, como las avocaciones de éstos ex art. 11.1 de la LECiv. En relación con la legitimación del Ministerio Fiscal en la ejecución de sentencias dictadas en procesos de tutela de intereses colectivos de consumidores y usuarios, la experiencia pionera está representada por la ejecución instada en el procedimiento (juicio verbal) seguido con el núm. 1544/2007 ante el JPI núm. 1 de Córdoba (la SAP Córdoba, Secc. 1ª, de 25 de febrero de 2004 [JUR 2004\105864] –confirmando el carácter abusivo de determinadas cláusulas predispuestas insertas en los contratos de suministro de gas por la entidad «Gas Natural Andalucía, S.A.»-), siendo resuelta la cuestión suscitada por el AAP de Córdoba, Secc. 1ª, 367/2009, que acoge la solicitud del Ministerio Fiscal en lo que respecta a la concesión de las diligencias instadas en beneficio y defensa de los consumidores y usuarios.

3.3. Valoración crítica y aspectos del Derecho español que es necesario reformar para la plena eficacia de la tutela colectiva de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios en nuestro ordenamiento jurídico.

Debe recibir una valoración positiva la previsión de la legitimación extraordinaria de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de la acciones de tutela de derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios. En particular, esta valoración positiva, desde la perspectiva de los intereses que se tutelan, recae sobre la legitimación reconocida a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas para la tutela de los denominados intereses difusos, mediante el ejercicio de acciones de cesación, de declaración de nulidad de determinadas cláusulas contractuales predispuestas y para instar condenas a favor de consumidores o usuarios individuales que podrán beneficiarse de los efectos de la eventual sentencia que estime la acción ejercitada, a través del trámite de ejecución previsto en el art. 519 LECiv.

Sin embargo, como se expone en los epígrafes que siguen, la normas procesales civiles no están pensadas para permitir la tramitación de estas acciones colectivas cuando existe un número elevado de consumidores o usuarios afectados (lo que es plenamente aplicable a determinados supuestos de comercialización masiva a clientes minoristas de determinados productos financieros o de inversión). En particular, no existe una previsión que permita un tratamiento separado de los daños y perjuicios de los consumidores y/o usuarios afectados. Por otra parte, incluso en el sistema USA de las «class action», la Rule 23 (a) de las Federal Rules of Civil Procedure, establece que el Juez debe negar la legitimación cuando el número de miembros de la clase alegada sea tan alto como para crear problemas de inadecuada representatividad y altos costes de ejecución. Esta previsión no existe en el proceso civil español en relación con las acciones colectivas, de manera que es posible que nos encontremos con acciones de tutela colectiva con un número tan elevado de consumidores o usuarios afectados personados, que intervengan como consecuencia de los llamamientos que prevé el art. 15 de la LECiv, que determine la inviabilidad misma de la acción ejercitada, atendiendo a su complejidad subjetiva. En estos supuestos parece recomendable, para evitar este problema y dotar de eficiencia a la acción de tutela colectiva, que la asociación de consumidores y usuarios ejercite una acción de cesación, con pedimento de declaración de nulidad, en su caso, de determinadas cláusulas contractuales predispuestas, dejando, para posteriores procedimiento individuales, que cada consumidor o usuario interesado, evaluando su propio interés, ejercite una acción individual, cuantificando, singularmente, los daños y perjuicios que haya experimentado.

Una vez que se ha realizado el examen del Derecho procesal español, así como de las previsiones del Derecho derivado de la UE y se ha realizado una exposición de las soluciones dadas a la tutela colectiva de los derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios en los Derecho comparados de los distintos Estados que forman parte de la UE, estamos en condiciones de realizar una exposición de los aspectos de la regulación nacional de

las acciones colectivas que sería conveniente modificar o, cuando menos, someter a debate y considerar el sistema y las consecuencias a las que la actual regulación procesal conduce en supuestos de hechos o conductas imputables a una empresa o profesional con un número muy elevado de consumidores o usuarios afectados, como puede acontecer en los supuestos de comercialización de productos bancarios y financieros o de inversión con clientes minoristas que, además, tengan la condición jurídica de consumidores y usuarios:

En particular, resultaría pertinente la adecuación o revisión de las siguientes normas:

Preparación de la acción colectiva: adaptación de la diligencia preliminar contemplada en el art. 256.1.6 de la LECiv, estableciendo la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios -representativas- para solicitarla y protegiendo los datos personales de los consumidores y usuarios, mediante el establecimiento de sistemas «opt-in», con cláusulas contractuales insertas en los propios contratos de consumo, junto con el consentimiento a la cesión de los datos personales para su incorporación al fichero de la empresa o del profesional.

Atribución de legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas para el ejercicio de acciones colectivas, tanto de cesación, como indemnizatorias y resarcitorias y previsión de un sistema «opt-in» que permita a los particulares consumidores y usuarios personarse en el procedimiento judicial que careciese de los efectos de cosa juzgada para aquellos que hayan decidido no personarse.

Legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas y, en particular, del Ministerio Fiscal, además de la legitimación activa ya atribuida, para el ejercicio de las acciones de cesación, tanto en el art. 54.1.c) del TRLGDCU, como en el art. 16.6 de la LCGC.

Posibilidad de acumular a las acciones meramente declarativas y, en particular, a las acciones de cesación (en particular, a la acción de cesación regulada en los arts. 53 y ss. del TRLGDCU) de pretensiones indemnizatorias y resarcitorias. No tiene sentido una regulación distinta, en este aspecto, entre la acción de cesación general de los arts. 53 a 56 del TRLGDCU y la acción de cesación de utilización o recomendación de condiciones generales de la contratación regulada en el art. 12.2 de la LCGC.

Comoquiera que las normas procesales civiles están diseñadas para la tramitación de demandas individuales, resultaría pertinente la modificación de determinadas normas procesales civiles (además de la que se estudia de manera independiente en sede de diligencias preliminares):

- Delimitación clara de la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados de lo Mercantil
- Medidas cautelares: sin perjuicio de que la norma contenida en el art. 727.7ª y 11ª de la LECiv ya lo amparen, sería conveniente incorporar la previsión de una medida cautelar típica o específica –añadida a las que se contempla en el art. 727 de la LECiv- que posibilite la suspensión cautelar del cumplimiento de las prestaciones contractuales por el consumidor o usuario en los supuestos en que se acredite la concurrencia de los presupuestos que, con carácter general, enuncia el art. 728 de la LECiv.

- Tramitación por los cauces procesales del juicio ordinario, con la consiguiente supresión de la previsión del juicio verbal para las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios ex arts. 249.1.4º, inciso final y 250.1.12º LECiv, habida cuenta de las dudas que suscita desde la perspectiva de las garantías procesales de las partes y, en particular, de la parte actora en tanto en cuanto la contestación a la demanda es oral y se realiza en el propio acto de la vista; al tiempo que la proposición y la práctica de la prueba en unidad de acto –especialmente la pericial o la práctica de oficios y requerimientos- también plantea dificultades que sólo una interpretación flexible de las normas procesales permite soslayar mediante la celebración de la vista del juicio en distintas sesiones[52].

- Aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria recogido en el art. 217.7 de la LECiv.

Reforzamiento de los Juzgado de primera instancia que hayan de conocer de acciones colectivas con un número relevante de consumidores afectados (Jueces de apoyo, oficiales judiciales con formación específica, programas informáticos, tramitación on-line, etc.).

- En materia de ejecución de sentencias debería analizarse la posibilidad del reforzamiento de las multas coercitivas; la previsión del pago mediante compensación en el caso de contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo en virtud de los que el consumidor o usuario siga vinculado, tras el proceso, con el empresario o profesional; e inscripción de la Sentencia que conlleve determinados efectos como la interdicción de la percepción de ayudas públicas o de contratar con las Administraciones Públicas durante un determinado laso de tiempo por el empresario o profesional que haya sido condenado como consecuencia de una acción colectiva de tutela de los derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios.

En el particular supuesto de la eficacia de las acciones colectivas en litigios de consumo transfronterizos resultaría conveniente adecuar la norma de establecimiento del fuero de competencia territorial:

- La STJUE de 5 de diciembre de 2013 (asunto C-413/12), dictada resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la AP de Salamanca en fecha 7 de septiembre de 2012, ha declarado que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios de efectividad y de equivalencia, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro como la española, según la cual, en materia de acciones de cesación ejercitadas por las asociaciones de protección de los consumidores, por una parte, tal acción debe interponerse ante los tribunales del lugar donde el demandado tiene su establecimiento o su domicilio y, por otra parte, no cabe recurso de apelación contra la resolución por la que un órgano jurisdiccional de primera instancia declara su falta de competencia territorial.

- Fuero de competencial territorial, sería adecuada la modificación del art. 5.16 de la LECiv para prever, subsidiariamente, que si el empresario o profesional no tiene establecimiento abierto en España, el domicilio o el lugar de residencia habitual del consumidor o usuario.
Posibilitar el ejercicio de acciones colectivas a través de sistemas no jurisdiccionales, como es el caso paradigmático del arbitraje de consumo.

En el momento presente, las acciones colectivas no pueden someterse a la decisión de árbitros y, en particular a arbitraje de consumo. En este sentido, compartiendo un parecer generalizado, la SAP Barcelona, Sección 14ª, de 3 de noviembre de 2003 (AC 2003\1763) ha declarado expresamente que una acción colectiva no puede someterse a decisión de los árbitros puesto que ello sólo es posible, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la LArb/2003, respecto de cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho, y resulta evidente que no pueden disponer de derechos colectivos o como los denomina el legislador de los «intereses difusos» que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas (F. 4º).

[52] .- En este sentido se pronuncia, v.gr., FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª: La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias (Una aproximación desde el Derecho comunitario), Ed. Bosch, Barcelona, 2013, págs. 130 y 131.

3.4. Análisis práctico y conclusiones de la experiencia de los procedimientos judiciales colectivos como mecanismo de protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores en la contratación de productos y servicios financieros.

3.4.1. Diligencias preliminares y el conflicto con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

El art. 256.1 de la LECiv establece, en su apartado 6º, que todo juicio podrá prepararse, entre otros medios e instrumentos puestos a disposición de quien pretenda ejercitar una acción judicial, por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos pueda dirigirse al Juez para preparar el juicio posterior y al objeto de concretar los integrantes del grupo de afectados que no están determinados o no sean fácilmente determinables. A estos efectos, el Juez o Tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación. Se trata de un instrumento judicial que se pone a disposición de los sujetos activamente legitimados para ejercitar acciones de tutela colectiva de los intereses de los consumidores y usuarios afectados –grupos de afectados y asociaciones de consumidores y usuarios (ex arts. 11.1 a 3 de la LECiv)-, sin que su utilización, como modo de preparar el juicio, sea de carácter imperativo, pudiendo acreditar la integración del correlativo requisito sin necesidad de acudir a la ayuda judicial.

Esta diligencia preliminar fue planteada por las asociaciones de consumidores y usuarios, en los supuestos en los que pretenden ejercitar acciones de cesación de la utilización de determinadas cláusulas contractuales de condiciones generales de la contratación o de comercialización de determinados productos de inversión o derivados financieros a consumidores, en orden a la protección los derechos e intereses de consumidores y usuarios de servicios bancarios –exclusivamente o de manera acumulada a otras acciones-, con la finalidad de que las entidades bancarias o de crédito que comercializan, de manera masiva, determinados productos bancarios y financieros dirigidos a clientes minoristas –y, por lo tanto, sujetos potencialmente legitimados pasivamente en la acción que se pretende ejercitar- les facilitasen los datos personales de los referidos clientes personas físicas (nombres, apellidos, DNI, dirección postal y electrónica, números de teléfono y fax disponibles)[53]. Con frecuencia los Juzgados de Primera Instancia ante los que se han presentado diligencias pre-

[53] .- Debe tenerse en cuenta que la aportación de datos personales a un procedimiento judicial en ejercicio del derecho de defensa de una parte no requiere el consentimiento del titular de los datos personales aportados, de conformidad con el criterio sostenido por la AEPD, ratificado por la SAN, Contenc.-Adm., de 15 de octubre de 2013 (dictada en el recurso 153/2012).

liminares de esta naturaleza y con el referido objeto han accedido a la práctica de las mismas (v.gr., Autos AP Córdoba, Secc. 1ª, de 4 diciembre 2009 y Secc. 3ª, de 10 junio 2010; JPI núm. 1 de A Coruña de 23 de marzo de 2010, JPI núm. 87 de Madrid de 20 de octubre de 2010 [éste último declarado nulo por la STC 96/2012, de 7 de mayo]) y AAP Madrid, Secc. 21ª, 65/2012, de 20 de diciembre [JUR 2013\34146] –sin perjuicio de que haya supuestos en los que se ha declarado el carácter innecesario de la medida preliminar instada, como acontece, v.gr., en el caso resuelto, en grado de apelación, por el AAP Madrid, Secc. 28ª, 13/2011, de 4 de febrero [AC 2011\378] en un supuesto en que la referida diligencia preliminar fue instada por «ADICAE», con la finalidad de obtener la identidades de los clientes que había concertado «clips hipotecarios» con una determinada entidad financiera («Bankinter, S.A.») y por el AAP Madrid, Secc. 11ª, 125/2010, de 1 de junio [JUR 2010\250861]-, requiriendo, en consecuencia a las entidades de crédito y financieras, los listados, en fichero o soporte electrónico, de los clientes minoristas, personas físicas, con los que han concertado el producto o servicio –bancario o financiero- objeto de la acción que pretende prepararse. En relación con estas respuestas de los Juzgados de Primera Instancia –y Mercantiles- ha de tenerse en cuenta que el art. 258.1 de la LECiv prescribe que la diligencia preliminar será rechaza si se considera que no está justificada, al tiempo que, el apartado 2º de este mismo precepto, establece que frente al Auto que acuerde la práctica de las diligencias preliminares no cabrá recurso alguno; mientras que contra el que las deniegue cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial territorialmente competente.

Frente a las solicitudes de la diligencia preliminar por la que se requiere a entidad bancaria la entrega de datos personales de aquellos de sus clientes que hubieran suscrito determinados productos financieros (bancarios o de otra naturaleza), sin previo consentimiento de éstos, para su posterior entrega a una asociación de consumidores que pretende iniciar un proceso para la defensa de intereses colectivos, el TC –en la Sentencia ya citada- la ha considerado como una medida prevista por la ley procesal civil que carece del canon reforzado de justificación y que no cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos para cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, de manera que considera que la cesión de datos personales de los clientes de las entidades financieras, bancarias o de crédito vulnera el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en relación con el derecho a la tutela efectiva en la vertiente de motivación. Por lo tanto, el TC declara que no existe ninguna prohibición constitucional derivada del art. 18.4 de la CE, que impida acordar judicialmente la entrega de listados de datos personales de clientes de una entidad bancaria para preparar una demanda civil en virtud de la que se ejercite una

Es necesario y sencillo compaginar el derecho a la intimidad con el de las asociaciones a entablar acciones colectivas e informar de ello a los afectados.

acción de tutela colectiva de los derechos e intereses de aquéllos, sin bien dicha decisión judicial, para adecuarse a las exigencias constitucionales, debe respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, justificando la idoneidad y la necesidad de la referida entrega[54]. En particular, en el caso que dio origen a la citada STC 96/2012, comoquiera que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.4 de la LECiv, para el ejercicio de la acción de cesación no es necesario realizar llamamiento alguno a consumidores o usuarios afectados, el TC consideró que la diligencia preliminar no estaba amparada, habida cuenta de la falta de idoneidad teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la acción que se pretendía preparar por la asociación de consumidores y usuarios que instó su práctica.

Ante esta situación es necesario, como ya se ha señalado supra, compatibilizar la necesaria protección del derecho fundamental a la intimidad personal que es el que subyace en la normativa de protección de datos personales, con la posibilidad de permitir, en caso de que así lo consienta el consumidor o usuario, el conocimiento por las asociaciones de consumidores y usuarios representativas –y, en su caso, por otras entidades u organismos públicos que tengan encomendada la función de la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, así como por el Ministerio Fiscal- de los datos de consumidores y usuarios que hayan podido resultar afectados o perjudicados por un actuación, práctica o contrato empresarial o profesional ilícito, para que puedan ejercitar acciones de nulidad, indemnizatorias y resarcitorias en su representación. Esta compatibilización podría articularse mediante la inclusión de cláusulas contractuales en virtud de las que el consumidor o usuario consienta expresamente la cesión de los datos personales, a la asociación, al Ministerio Fiscal o a la entidad u organismo público de tutela de sus derechos e intereses, necesarios a efectos de que se le comunique la intención o la voluntad de ejercitar la acción de que se trate, en orden a que decida, en el marco de un sistema «opt-in», adherirse o no a la acción de que se trate. Con todo, el acceso o la facilitación de los datos personales de los consumidores y usuarios debe venir amparada por la necesidad de los mismos en función del tipo de acción que pretende ejercitarse.

3.4.2. «Clips» hipotecarios y contratos de cobertura del riesgo del tipo de interés (swaps o permutas financieras de tipos de interés). La acumulación de pretensiones indemnizatorias o restitutorias a la acción de cesación.

Legitimación activa de las asociaciones de consumidores frente a la publicidad ilícita de productos bancarios y

[54] .- Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.: «Solicitud de diligencias preliminares y su sometimiento al test constitucional de proporcionalidad. Entrega del listado de datos personales de los clientes bancarios a una asociación de defensa de usuarios y consumidores con la finalidad de ejercitar la acción de cesación para la defensa de intereses colectivos», La Ley, núm. 7943, 15 de octubre de 2012.

financieros: acciones de cesación, restitutorias e indemnizatorias.

La publicidad de los productos bancarios (a los que se refiere el art. 48.2 de la LDIEC/1988), sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas de Derecho de consumo, en el caso de que esté destinada a sujetos que merezcan la calificación de consumidores o usuarios (por así disponerlo el art. 19.4 del TRLGDCU), está regulada por la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, que debe ser completada por la Orden EHA/2899/2011, 28.10, transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que derogó expresamente la Orden de 12 de diciembre de 1998, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información y publicidad, así como la Circular BE 8/1990, sobre transparencia y protección clientela, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia y condiciones financieras en los préstamos hipotecarios y la Orden 1919/2003, sobre transparencia de los precios de servicios bancarios prestados en cajeros automáticos. Sin perjuicio de su carácter general, en relación con productos bancarios, para determinados tipos de estos productos, es necesario tomar en consideración, como normativa de aplicación preferente, las normas especiales que se contemplan en la regulación propia de este tipo de productos. Así acontece en el caso del crédito al consumo (arts. 8 a 14 de la LCCC/2011 y el art. 33 de la EHA/2899/2011); en el caso de los préstamos hipotecarios (arts. 19 a 32 de la EHA/2899/2011, que sustituyen a los arts. 5.1, 6 y Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994); en los préstamos hipotecarios concedidos por entidades que no sean de crédito (arts. 12 y ss. de la Ley 2/2009, de 31 de marzo), en los servicios financieros contratados con consumidores a distancia (arts. 7 y 8 de la LCDSFC/2007); en el caso de los productos financieros, servicios de inversión y gestión de carteras (arts. 78 a 79.sexies de la LMV) y en el caso de los servicios de pago (arts. 18 y 19 LSP/2009).

El art. 32 de la LCD, tras las reforma de que ha sido objeto por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de modificación del régimen de la competencia desleal y la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores, que unifica las acciones que pueden ejercitarse frente a los actos de competencia desleal, a las prácticas comerciales desleales con los consumidores y a la publicidad ilícita, dispone que «contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1ª) Acción declarativa de deslealtad; 2ª) Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. 3ª) Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4ª) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5ª) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6ª) Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico».

En particular, de este conjunto de acciones, nos interesa, habida cuenta del tema de esta exposición, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que puede ejercitarse en los supuestos en que la práctica comercial desleal o la publicidad ilícita haya ocasionado un daño, habiendo mediado dolo o culpa de la empresa o profesional al que aquél pretende imputarse, sin perjuicio de su eventual a cumulación a las acciones declarativas de ilicitud o de cesación (SAP Murcia 17 marzo 2005 [AC 2005\1656]). En relación con esta acción, la Ley 29/2009, no ha supuesto mayor modificación que separar la publicación de la sentencia del ámbito propio de la acción de resarcimiento (art. 32.2 de la LCD). La legitimación activa corresponde a cualquier persona, física o jurídica, que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal o la publicidad ilícita (art. 33.1 de la LCD). A tenor de lo dispuesto en el art. 33.1.III de la LCD caben acciones indemnizatorias de daños y perjuicios ejercitadas de manera colectiva por el grupo de consumidores afectados, determinados o fácilmente determinables, o por una asociación de consumidores y usuarios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la LECiv, pero no caben acciones indemnizatorias o resarcitorias de intereses difusos.

“El incumplimiento de las normas de publicidad bancaria permite calificarla como ilicita e indemnizar a los afectados si se cumplen unos requisitos”.

En todo caso, el éxito de la acción requiere la prueba de la concurrencia del título de imputación subjetivo y la prueba del daño o perjuicio cuyo resarcimiento se pretende (que podrá ser tanto un daño emergente –v.gr. gastos contractuales, de asesoramiento o de información fundados en la publicidad ilícita-, como un lucro cesante –v.gr. derivado de la venta o realización en el mercado secundario de productos de inversión para contratar el producto objeto de la publicidad ilícita-).

El incumplimiento de las normas de publicidad de los productos bancarios, permite la calificación de la publicidad como «ilícita» (ex art. 3.d de la LGPub) lo que, a tenor de lo expuesto, permite, en el caso de causación de daño y/o perjuicios el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual frente a la entidad bancaria, financiera o de crédito autora de la publicidad merecedora de aquella calificación –v.gr. por no incluir información que necesariamente ha de constar en la publicidad de un producto bancario (es el caso resuelto por la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 26 de septiembre de 2001 [AC 2001\1901], respecto de la publicidad de un producto de crédito al consumo en que se omitía el preceptivo ejemplo representativo de la TAE y la exigencia del requisito de domiciliación de la nómica para su concesión)-. También procede en los casos de la denominada publicidad «engañosa» (ex art. 4 de la LGPub), que es aquella que influye en la decisión del consumidor, constituyendo el objetivo de su interdicción la protección la libre elección del consumidor en el mercado (STS 413/2006, de 25 de abril [RJ 2006\2201]).

Nulidad contractual fundada en vicios del consentimiento (dolo, error) derivados de una defectuosa información precontractual: inadecuación de las acciones colectivas por razón del fundamento de la pretensión.

Los problemas de transparencia y de cumplimiento de los deberes precontractuales de información son elementos externos a los contratos de productos o servicios bancarios o financieros y, en consecuencia no son susceptibles de ser enjuiciados a través de una demanda colectiva de protección de intereses de esta naturaleza –como tampoco lo son en el caso de acciones colectivas ejercitadas en orden a la protección de intereses difusos de los consumidores y usuarios- a través del ejercicio de una acción colectiva de protección de intereses de los consumidores y usuarios para la que se atribuye legitimación activa de carácter extraordinario a una asociación de defensa de los consumidores y usuarios ex arts. 11.2 de la LECiv y, en su caso, 54.1.b) del TRLGDCU.

En efecto, las asociaciones constituidas para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios están activamente legitimadas para el ejercicio de, entre otras, las acciones de cesación de conductas que contravengan las normas imperativas contenidas en las Leyes propias del Derecho de consumo y, entre éstas, señaladamente en el TRLGDCU (art. 53 a 56 TRLGDCU), así como de cesación de la utilización de cláusulas contractuales que merezcan la calificación jurídica de abusivas y, en consecuencia sean nulas de pleno derecho (ex arts. 82 y 83 del TRLGDCU) y también frente al incumplimiento de deberes de información a cargo del empresario o profesional, pero en ningún caso puede admitirse que la declaración de nulidad o de anulabilidad de un contrato de consumo que se funde en dolo y/o en error pueda pretenderse a través de una acción colectiva ejercitada por una asociación de defensa de consumidores y usuarios, en virtud de su legitimación extraordinaria, por resultar incompatible con la necesaria valoración individual de cada contrato en orden a determinar si, en cada caso, concurren o no los presupuestos que permiten determinar si ha existido una actuación dolosa imputable al empresario o si el consumidor que ha contratado con el empresario ha sido inducido a contratar en virtud de un error invencible generado por la actuación del empresario; puesto que es necesario valorar, en cada caso particular, el cumplimiento, o no, de los deberes precontractuales de información.

Las asociaciones de consumidores pueden reclamar por el incumplimiento de deberes de información pero no por el dolo o error de cada afectado.

Para ilustrar esa necesaria valoración de los incumplimientos de la información precontractual –especialmente exigente en los casos de productos de inversión o financieros comercializados a partir de la entrada en vigor de las normas de transposición de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos fi-

nancieros –Directiva «MiFID»- (la STJUE de 30 de mayo de 2013 [TJCE 2013\142] considera que los swpas están sometidos a la Directiva «MiFid»)-, como obligación puesta a cargo de las entidades bancarias, financieras o de crédito –y que ha dado lugar a numerosísimas sentencias dictadas en primera instancia y apelación declarando la nulidad de contratos de permuta financiera (o swpas) de tipos de interés, ordinariamente vinculados a préstamos con garantía hipotecaria pactados a tipo de interés variable, comercializados con diferentes denominaciones (en la práctica conocidos como «clips hipotecarios»)- pueden traerse a colación las SSTS de 21 de noviembre de 2012 [RJ 2012\11052] y 29 de octubre de 2013 [JUR 2013\356825] en las que la Sala de lo Civil del TS no aprecia la concurrencia de un vicio del consentimiento invalidante, partiendo de su doctrina jurisprudencia reiterada y conocida, a tenor de la cual, los requisitos de la existencia del error (y, por supuesto, del dolo) deben ser objeto de una interpretación restrictiva y rigurosa –como un corolario del principio general del Derecho «pacta sunt servanda»-. Recuerda el TS en las referidas Sentencias, que no existe error cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre el futuro, con un importante componente de aleatoriedad, habida cuenta de que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de una ganancia.

3.4.3. Comercialización de participaciones preferentes de entidades financieras a clientes minoristas: acciones de cesación y acumulación de acciones. Efectos posibles de la acción de cesación en el caso de desacumulación de las acciones ejercitadas.

Problemas que suscita el actual régimen de acumulación objetiva de acciones ¿son acumulables las acciones de indemnización y/o restitución a la acción de cesación?

El art. 73.1 de la LECiv establece los presupuestos que han de concurrir para que, por motivos procesales, proceda la acumulación de acciones, señalando, en su núm. 2º, que será preciso «que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo». La LECiv limita así la acumulación objetiva de acciones por causa de la homogeneidad de los procedimientos, lo que resulta razonable si se tiene en cuenta la drástica reducción de los procesos especiales que contempla, lo que justifica el contenido de la norma que restringe las posibilidad de acumulación, de manera que en los casos de indebida acumulación procederá que el Secretario judicial requiera al actor para que subsane la indebida acumulación y, en caso de mantenerse ésta, que el Tribunal resuelva sobre la admisión de la demanda (de conformidad con la previsión del apartado 3º del art. 73 de la LECiv), sin que resulte, entonces posible –a tenor del carácter imperativo o cogente de las normas procesales, en cuanto que son normas de orden público, no disponibles por la voluntad de las partes (entre otras muchas resolucio-

nes jurisdiccionales en este sentido, ATS, Sala 1ª, de 2 de marzo de 2010 [JUR 2010\95759])- proceder de una manera diversa, admitiendo acumulaciones indebidas argumentando sobre la eventual inexistencia de indefensión que pudiera generarse en la parte demandada por razón del tipo de procedimiento que se siga, máxime cuando el juicio ordinario resulta más garantista que el juicio verbal.

Pues bien, resulta que la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores ha de tramitarse –por razón de su objeto o materia- por los cauces procesales propios del juicio verbal (ex art. 250.1.12ª de la LECiv, añadido por la Ley 39/2002, de 28 de octubre). De este modo se pretende, a tenor de la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/2002, garantizar la rapidez de estos procedimientos judiciales, pues, en efecto, el cauce del juicio verbal es menos complejo y más rápido que el del juicio ordinario. Por el contrario, las acciones restitutorias y de indemnización de daños y perjuicios –y, en su caso, también las acciones de invalidez contractual-, se tramitan por el procedimiento –ordinario o verbal- que proceda a tenor de su cuantía que, a su vez, viene determinada por la cuantía de la acción de mayor valor (ex art. 252, regla 1ª, de la LECiv).

Es posible acumular una acción de cesación e indemnización porque lo permite la LCGC.

Una segunda posibilidad que se contempla en orden a permitir la acumulación objetiva de acciones es la determinada por la existencia de una habilitación expresa de tal acumulación en una misma demanda por una Ley que así lo prevea expresamente. Esta posibilidad resulta de lo establecido en el art. 73.3 de la LECiv. Esta Ley, sería el art. 12.2.II de la LCGC y ello por cuanto tras la entrada en vigor de los arts. 53 a 56 del TRLGDCU –norma posterior y especial por razón de su ámbito subjetivo de aplicación (relaciones de consumo)- no puede considerarse de aplicación en el caso de la acción de cesación dirigida a impedir la conducta consistente en el uso de cláusulas abusivas en contratos de consumo. En consecuencia, en función de si se ejercita la acción de cesación contemplada en los arts. 54 y ss. del TRLGDCU o la acción de cesación en materia de condiciones generales de la contratación prevista en los arts. 12 y concordantes de la LCGC/1998 (acción de cesación de la utilización –o de la recomendación de utilización- de condiciones generales de la contratación que sean nulas (ex art. 12.2.II de la LCGC/1998) –y cuyo conocimiento (la competencia objetiva) corresponde a los Juzgados de lo Mercantil ex art. 86.ter.2, letra d), de la LOPJ-, existe o no –no en el primer caso y sí en el segundo- norma que permite la acumulación objetiva y que permite, a su vez, integrar la remisión del art. 73.3 de la LECiv.

La jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del TRLGDCU, admitió, no sin dudas relevantes, la acumulación de las acciones resarcitorias a la acción de cesación, tramitándose por los cauces procesales del

juicio ordinario (siendo esta solución acogida también por un nutrido grupo de autores[55]). Es el caso de la SAP Sevilla, Secc. 5ª, 33/2004, de 22 de enero [AC 2004\406], que declaró la nulidad de actuaciones y, en consecuencia, de la resolución dictada en la primera instancia, ordenando la retroacción de las actuaciones procesales desde la Providencia en virtud de la que se acordó que se siguiesen las actuaciones por los cauces procesales propios del juicio verbal, dejando imprejuzgada la cuestión atinente a la acumulación de acciones:

> «[…] La posibilidad de acumular a la acción de cesación acciones de resarcimiento se encuentra expresamente prevista en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que las configura como accesorias, previsión que sin embargo no contiene ninguna de las otras Leyes en las que es introducida por la Ley 39/2002. Ahora bien las acciones resarcitorias que se contemplan en los apartados 2 y 3 del artículo 11 no se seguirán necesariamente por el juicio verbal, sino por el juicio que corresponda según su cuantía y por el juicio ordinario siempre que versen sobre condiciones generales de la contratación. La acumulación de estas acciones en un mismo proceso es por tanto discutible puesto que el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la acumulación de acciones cuando deban ventilarse por razón de su materia en juicios de diferente tipo. No obstante cabría admitir tal posibilidad por aplicación analógica a todas las acciones de cesación de lo dispuesto en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, dado que el citado artículo 73 permite la acumulación sin restricciones cuando así lo dispongan las Leyes para casos determinados. Pero en cualquier caso, en estos supuestos, de admitirse la acumulación, el procedimiento a seguir de entre los que correspondan a las acciones ejercitadas ya no será el verbal al no ser aplicable lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de que única y exclusivamente se ejer-

---

55 .- A favor de la admisión de la acumulación de ambas acciones –de cesación e indemnizatoria o de reclamación de cantidad-, se han pronunciado, entre otros, CABAÑAS GARCÍA, J. C.: Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contrato (con jurisprudencia asociada), Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pg. 109; BUJOSA VADELL, L. M.: «El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios», en Derechos de los consumidores y usuarios (A. de León Arce; L. Mª García García, Coords.), T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 (2ª edic.), pg. 1792; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Mª: «Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores», La Ley, núm. 6852, 2 de enero de 2008, §.6; LÓPEZ JIMÉNEZ, R. y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Casos especiales de acumulación necesaria: art. 73.2 y 3 LECiv)», InDret, 2008/4, pág. 4.
Señala que la acumulación de acciones individuales de reclamación patrimonial de los directamente afectados o perjudicados a la acción de cesación es, cuando menos, dudosa, ARIZA COLMENAREJO (vid. La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 160 a 162).
Algún autor restringe la posibilidad de acumulación de ambas acciones a aquellos supuestos en que las pretensiones resarcitorias o indemnizatorias no excedan en su cuantía de la que es propia del juicio verbal (6.000,00 , ex art. 249.2 de la LECiv). Esta es, v.gr., la opinión sostenida por GONZÁLEZ CUETO, T.: «La acción de cesación en la legislación española. Disposiciones nacionales y, en particular, la Ley 39/2002, de 28 de octubre», Repertorio Aranzadi del TC, 15/2003, págs. 13 y ss.

cite una simple acción de cesación. Por el contrario el procedimiento será el que corresponda con arreglo a las reglas generales que al respecto establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo indudable que las acciones de resarcimiento que se ejercitan en estos autos exceden con mucho el ámbito del juicio verbal por su presumible cuantía, o por ser ésta imposible de calcular, tal y como reconoce la propia parte actora en su demanda, el procedimiento adecuado es el juicio ordinario y a este juicio debía haberse ajustado también la presunta acción de cesación ejercitada junto a las pretensiones indemnizatorias, caso de que se estime posible su acumulación» (FD 5º).

En sentido favorable a la admisión de la acumulación de acciones resarcitorias a la acción de cesación ejercitada por una asociación de consumidores se pronunció la SAP Barcelona, Secc. 16ª, de 22 de marzo de 2010 [JUR 2010\175837]: «[…] De ahí que la legitimación activa de la asociación demandante para reclamar en defensa de los intereses difusos de un colectivo indeterminado de personas afectadas por un hecho dañoso halle amparo en los arts. 11, 15 y 221 LECiv. Es pues factible un proceso iniciado por una asociación de consumidores en el que se ejerciten acumuladamente acciones colectivas de cesación y acciones resarcitorias o indemnizatorias, y que la determinación individualizada de los beneficiarios de una eventual condena se efectúe en ejecución de sentencia, siempre que esta última haya establecido -como es el caso- "los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución"» (FD 2º).

Por lo tanto, parece que podrían existir argumentos que avalen la posibilidad de acumular a la acción de cesación (ex art. 53 del TRLGDCU) las pretensiones de naturaleza restitutoria que pudieran derivarse para los concretos consumidores afectados por una eventual Sentencia estimatoria de aquella pretensión, sin perjuicio de la necesidad de clarificar el régimen de acumulación objetiva de ambas acciones. Sin embargo, el art. 15.4 de la LECiv (añadido precisamente por la Ley 39/2002, de 28 de octubre) al prescribir que los procesos iniciados mediante una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios quedan excluidos de la posibilidad de intervención de los particulares consumidores y usuarios en los procesos de tutela colectiva de los derechos e intereses de éstos, **se erige como un argumento infranqueable a la admisión de la formulación de pretensiones indemnizatorias o resarcitorias individuales acumuladas a la acción de cesación**. La intención del legislador al aprobar esta norma parece estar constituida por habilitar un mecanismo procesal que permita la tramitación independiente de la acción de cesación, a través de un procedimiento ágil (el juicio verbal) que permita la obtención rápida de una sentencia, susceptible de ejecución.

Lo que tampoco resulta viable es la acumulación a la acción de cesación acciones nulidad o de invalidez contractual fundadas en vicios del consentimiento (ordinariamente fundadas en incumplimientos de las obligaciones de información precontractual a cargo de las entidades financieras o de crédito) –y las pretensiones restitutorias derivadas de las declaraciones de nulidad contractual que se pretenda- y ello por cuanto la acción de cesación es necesariamente colectiva, careciendo los consumidores particulares de legitimación activa para su ejercicio (ex art. 54 del TRLGDCU y SAP Barcelona, Secc. 14ª, de 3 noviembre 2003 [AC 2003\1763]).

Por otra parte, la declaración de nulidad de determinadas cláusulas contractuales –con fundamento en su carácter abusivo- en ejecución o en cumplimiento de las cuales el consumidor o usuario haya realizado pagos o desembolsos a favor del empresario o del profesional no conlleva, en todo caso y con carácter automático, la restitución de las referidas sumas o cantidades al consumidor o usuario, de conformidad con lo que dispone el art. 1303 del CC[56], no opera de manera automática (así lo ha precisado, v.gr., la STS de 13 de marzo de 2012 [RJ 2012\4527]), en tanto que pueden existir supuestos en los que las cantidades recibidas por el empresario o profesional sean la contraprestación de bienes efectivamente recibidos por el consumidor o de servicios efectivamente prestados por el profesional y, por lo tanto, no proceda la restitución, so riesgo de amparar un enriquecimiento injusto; o sean cantidades susceptibles de ser compensadas, en la cantidad concurrente, con otras debidas por el consumidor o usuario al empresario o profesional.

La inviabilidad de la acumulación subjetiva de acciones de nulidad por vicios del consentimiento.

Esta cuestión fue tratada en el Auto dictado por la Audiencia Provincial de A Coruña, Secc. 3ª, 352/2012, de 18 de enero de 2013, considerando que la inexistencia de un mismo título –idéntico o conexo, en el sentido del art. 72 de la LECiv- determina la imposibilidad de acumulación subjetiva de acciones de nulidad interpuestas por distintos particulares frente a una entidad financiera, puesto que el hecho de que se diga que los contratos funcionan de manera similar no permite afirmar la existencia del mismo título y ello habida cuenta de que una cláusula puede ser oscura en un contrato y no serlo en otro, al tiempo que las causas de nulidad invocadas son diferentes, los hechos diferentes y los contratantes tienen distintos niveles de conocimientos y experiencia, que es necesario valorar y ponderar en los casos en los que el fundamento de la acción sean los vicios del consentimiento fruto de una información precontractual incompleta, parcial o errónea.

---

56 .- La obligación restitutoria en los supuestos de nulidad del contrato o de nulidad parcial –nulidad de determinadas cláusulas contractuales- es de origen legal, siendo apreciable de oficio, de manera que no es siquiera necesario que se articule en la demanda o en la reconvención, sin que la sentencia incurra en incongruencia procesal, al tiempo que tiene efectos retroactivo. Vid. CARRASCO PERERA, Á.: Derecho de contratos, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 705 y 706 (§.53).

En el caso de que se hayan ejercitado acciones indebidamente acumuladas, bien en el Decreto de admisión a trámite de la demanda, bien en la audiencia previa del procedimiento ordinario (si el procedimiento se tramita por este cauce procesal), se declarará la indebida acumulación (bien de oficio, bien a instancia de la parte demandada), concediendo trámite al actor para que precise cuál de las acciones pretende seguir ejercitando, sin perjuicio de que las demás puedan ejercitarse en un procedimiento distinto, por el cauce procesal que resulte adecuado y ante el Juez objetiva, funcional y territorialmente competente. De un supuesto de este tipo (indebida acumulación objetiva de acciones), en materia de acciones colectivas ejercitadas por una asociación de consumidores y usuarios de servicios bancarios se ocupó el Auto del JPI núm. 9 de A Coruña 320/2012, de 26 de noviembre, desacumulando la acción de cesación, para su tramitación por el procedimiento que corresponda, y acordando el sobreseimiento y archivo de acciones resolutorias, de invalidez e indemnizatorias de daños y perjuicios acumuladas en la demanda rectora del procedimiento y respecto de las que el referido Auto consideró que la asociación actora carecía de legitimación activa para su ejercicio.

3.4.4. Las denominadas «cláusulas suelo» de tipos de interés en los préstamos hipotecarios a interés variable: La persecución de las cláusulas nulas por no superar el control de transparencia y sus efectos prácticos (devolución de las cantidades cobradas).

Previo: el control de oficio de las cláusulas abusivas –y, por lo tanto, nulas de pleno Derecho- en los contratos de consumo y la eficacia «ultra partes» de las Sentencias dictadas en procedimientos de tutela colectiva.

La STJUE de 26 de abril de 2012 (asunto C-472/10) declaró, de manera acorde a una consolidada doctrina jurisprudencial de este Tribunal, la conformidad con el Derecho derivado de la U.E. y, en particular, con la Directiva 93/13/CEE, de las normas nacionales que permiten la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas en contratos de consumo; así como las que establecen la eficacia «ultra partes» de resoluciones judiciales que declaran la nulidad de aquéllas en el caso de que sean dictadas en un procedimiento en el que se ha ejercitado un acción fundada en la tutela del interés público[57].

[57] .- Vid. BUSTO LAGO, J. M.: «Acciones colectivas, declaración del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales de la contratación y eficacia "ultra partes": apreciación "ex officium" de su nulidad (a propósito de la STJUE de 26 de abril de 2012 [asunto C-472/10])», en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 2, junio de 2012, págs. 186 a 203 [http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco].

El alcance de la eficacia «ultra partes» de las sentencias que estiman acciones colectivas que enuncia el art. 222.3 de la LECiv ha sido matizado por la STS 375/2010, de 17 de junio [RJ 2010\5407]. Considera el TS que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta –o una determina cláusula contractual-, el posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. El TS argumenta que sólo con esta interpretación matizada alcanza sentido la previsión del art. 221.2 de la LECiv. Aclara el TS que, en caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LECiv opta por considerar que su alcance subjetivo no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o de cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción[58].

La STJUE de 26 de abril de 2012 avala que los legisladores nacionales puedan establecer la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales contenidos en una Sentencia dictada como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva fundada en un interés público a todos los consumidores y usuarios que hayan concertado o que concierten en el futuro un contrato en el que se incorporen estipulaciones o cláusulas contractuales no negociadas individualmente y, en particular, la carencia de efectos de éstas cláusulas una vez que su nulidad ha sido reconocida o declarada por una Sentencia dictada en el marco de una acción colectiva de aquella naturaleza. El legislador español introdujo una quiebra al principio general de eficacia de la cosa juzgada material restringida a las partes del proceso al hacer extensivos los efectos de la cosa juzgada material a sujetos no litigantes –que no han sido parte en el proceso- titulares de derechos –e intereses- de consumidores y usuarios que fundamenten su legitimación ex art. 11 LECiv, exigiendo la doctrina jurisprudencial la necesidad de un pronunciamiento expreso en la Sentencia acerca de su eficacia o extensión subjetiva «ultra partes».

58 .- Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: «Comentario del art. 53 del TRLGDCU», en Comentarios a las normas de protección de los consumidores (S. Cámara Lapuente, Dir.), Ed. Colex, Madrid, 2011, pág. 429.

En relación con la eficacia «ultra partes» de los pronunciamientos contenidos en una sentencia dictada en un procedimiento en que se haya tramitado una acción colectiva, aun cuando hayan sido declarados éstos expresamente en su parte dispositiva, el TS considera que no se produce «ipos iure», sino que han de reconocerse «ad hoc». En efecto, la STS 792/2009, de 16 de diciembre [RJ 2010\702] considera que, declarada la nulidad de una cláusula contractual por un determinado órgano jurisdiccional, en virtud de una sentencia firme, la parte demandada en un segundo procedimiento, que no ha sido parte en el primero, debe hacer valer la eficacia «ultra partes» de éste, pues sus efectos no se producen automáticamente, ni es objeto de apreciación de oficio o de manera automática aquella eficacia, siendo necesario en todo caso, que la sentencia dictada en el primer procedimiento contenga el pronunciamiento de extensión subjetiva de sus efectos y los límites de ésta, en su caso.

Esta conclusión resulta de la aplicación del referido precepto de la Ley procesal civil y también de la toma en consideración de la finalidad y sentido que ha de darse a la posibilidad de personamiento de cualquiera de los sujetos activamente legitimados en el proceso iniciado a instancia de otro, que resulta del art. 54.2 TRLGDCU y ello por cuanto la fuerza extensiva de la cosa juzgada a las denominadas partes ausentes es necesario conjugarla con los principios constitucionales de audiencia y contradicción contemplados en el art. 24 CE, que proscribe la indefensión en toda clase de procesos, adquiriendo la máxima virtualidad la publicidad y la posibilidad de intervención en el proceso de los consumidores afectados ex art. 15 LECiv –que no resulta de aplicación al caso de la prístina acción de cesación, aunque sí, en el caso de acciones restitutorias o indemnizatorias acumuladas-. Vinculada a esta última, merece tomarse en consideración también la necesidad de dotar de seguridad jurídica y estabilidad en el mercado a la posición del empresario o profesional, que no resulta conciliable con la posibilidad de ser interpelado judicialmente de manera sucesiva, con fundamento en unos mismos hechos[59].

Ha de plantearse también la extensión de la eficacia de la Sentencia en el supuesto en que, acumulada a la acción de cesación, se hayan ejercitado acciones restitutorias o indemnizatorias. Si en el proceso se han respetado las previsiones de publicidad previstas en el art. 15 LECiv, posibilitando así la intervención de los consumidores y usuarios perjudicados, debe aplicarse también a estas acciones la regla de la extensión de la cosa juzgada material, con independencia de que los pronunciamientos de la Sentencia hayan sido favorables a los intereses de los consumidores y usuarios –en cuyo caso, además, procede recordar que la sentencia constituye un título ejecutivo ex arts. 221.1, 517.2.1º y 519 LECiv- o contrarios a éstos, al desestimar la acción ejerci-

[59] .- SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: «La tutela procesal de consumidores y usuarios», Hacia un código del consumidor, Ed. CGPJ, Madrid, 2006, pág. 148.

tada[60]. En sentido contrario se ha señalado que el efecto extensivo de la cosa juzgada material que resulta del art. 222.3.I LECiv no es de aplicación a las acciones de clase y ello por cuanto el derecho indemnizatorio de que es titular el consumidor o usuario que ha sufrido perjuicios derivados del hecho dañoso no «fundamenta» la legitimación del art. 11 LECiv[61]; puesto que esta resulta de la lesión de intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios. Pese a la «auctoritas» de quienes así piensan y del argumento formal que puede derivarse de los preceptos invocados, todo el sistema de publicidad e intervención de los consumidores y usuarios individuales en los procesos en que se ventilen sus intereses colectivos o difusos diseñado en el art. 15 LECiv y la posibilidad de invocar la sentencia que se dicte como título ejecutivo aun en el caso de no haber sido parte en el mismo, pergeñan un sistema en el que encaja de manera adecuada la extensión subjetiva «ultra partes» de la Sentencia dictada en el sentido que se ha sostenido.

La referencia formal al art. 11 LECiv en el art. 222.3.I LECiv debe encajarse con la interpretación asumida, de manera que los efectos de la cosa juzgada se extienden a los consumidores y usuarios afectados o perjudicado por la cláusula abusiva o por la conducta ilícita o contraria a lo dispuesto en el TRLGDCU que ha fundado el ejercicio de la acción de cesación, aun cuando éstos no hayan sido parte –por vía de intervención o por actuaciones de ejecución «post sententiam»- siempre que la acción de cesación y la acumulada de naturaleza restitutoria o indemnizatoria haya sido ejercitada por una asociación de consumidores y usuarios, por cuanto éstas gozan de legitimación tanto para el ejercicio de la acción de cesación –específica y genérica- y también para la defensa o protección de los intereses generales de los consumidores y usuarios[62]. Con todo, una última precisión se hace necesaria: el efecto externo de la cosa juzgada material que se ha referido no puede conllevar que un consumidor o usuario no pueda impugnar una determinada cláusula abusiva inserta en un contrato de consumo, ejercitando una acción de nulidad individual, aun cuando su validez haya sido declarada con ocasión del ejercicio de una acción colectiva de cesación.

---

60 .- La extensión de la cosa juzgada tanto en los casos de pronunciamientos favorables, como desfavorables o perjudiciales para los consumidores y usuarios es defendida, entre otros, por CALDERÓN CUADRADO, Mª P. y ANDRÉS CIURANA, B.: «La sentencia dictada en procedimientos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios», en Tutela de los consumidores y usuarios en la LECiv (S. Barona Vilar, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 409 y ss.; GONZÁLEZ CANO, Mª I.: La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 254 y ss.; GARNICA MARTÍN, J. F.: Comentarios a la nueva LECiv (M. Á. Fernández Ballesteros y otros, Coords.), T. I, Iurgium Editores, Barcelona, 2000, pág. 861; SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: «La tutela procesal de consumidores y usuarios», Hacia un código del consumidor, op. cit., pág. 148.

61 .- Opinión expresada por MARÍN LÓPEZ. J. J.: «Las acciones de clase en el Derecho español», InDret; 2001-3, pág. 13; recogida también por ABELLÁN TOLOSA, L.: «El acceso de los consumidores a la justicia», Derecho de consumo [Mª J. Reyes López, Coord.], Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 (2ª edic.), pág. 363.

62 .- MONTÓN GARCÍA, L.: Acciones colectivas y acciones de cesación, Ed. INC, Madrid, 2004, pág. 68.

El control de los denominados elementos esenciales del contrato y, en particular, del precio de los productos y servicios.

Las cláusulas o estipulaciones contractuales relativas al precio de un producto o servicio –sea bancario, financiero o de cualquier otro tipo o naturaleza- y a su relación con la contraprestación –a la que se obliga el empresario o el profesional- no estarán sujetas al control de contenido por abusivas, habida cuenta de su carácter de elementos esenciales del contrato que, por esta razón, se consideran consentidas por el contratante adherente –al menos esta premisa juega como presunción «iuris tantum»-, siendo la competencia en el mercado la que –si se garantiza la libertad de competencia y se impiden las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal- está llamada a garantizar el equilibrio económico de los contratos –también de los contratos de consumo-, careciendo de fundamento una valoración judicial de la justicia del precio y de su relación con la contraprestación al margen de las normas que disciplinan un mercado competitivo de bienes y servicios –incluidos los bancarios y financieros- destinados a los consumidores[63]. Esta precisión no es óbice a la existencia de un control de transparencia del contenido de las cláusulas de fijación del precio y, en general, de las cláusulas contractuales delimitadoras de los elementos esenciales del contrato. Precisamente, por no superar el control de transparencia, son declaradas nulas determinadas cláusulas de fijación de tipos de interés mínimo insertas en contratos de constitución de préstamos hipotecarios a interés variable, objeto de impugnación en la litis resulta por la STS 241/2013, de 9 de mayo [RJ 2013\3088].

La STJCE de 3 de junio de 2010 [TJCE 2010\162] –dictada en el asunto C/484/08, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el TS mediante Auto de 20 de octubre de 2008-, declaró que el legislador español no está vinculado por las restricciones al control de abusividad sobre las cláusulas excluidas de aquél por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE, como consecuencia de la previsión contenida en su art. 8. Partiendo de este pronunciamiento del TSJCE, algunos intérpretes han considerado que la LCGC –Ley 7/1998- habilita a los órganos jurisdiccionales a decidir sobre el carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a cualquiera de los elementos del contrato excluidos en el referido art. 4.2[64] y que, en consecuencia, no existe incompatibilidad entre el Derecho nacional español y la normativa comunitaria, **pudiendo los Tribunales españoles extender el control de abusividad también sobre**

Los Tribunales españoles pueden analizar las clausulas referidas al objeto del contrato.

63 .- En este sentido, por todos, VICENT CHULÍÁ, F.: «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», RdPat, núm. 13, 2004, pág. 57.

64 .- Doctrina asumida por la STS 861/2010, de 29 de diciembre [RJ 2011\148].

las cláusulas no negociadas individualmente que se refieran al objeto del contrato, aun cuando hayan sido redactadas de modo claro y comprensible. Dicho de otro modo, la LCGC facultaría, con carácter general, a los órganos jurisdiccionales nacionales para decidir sobre el carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto o a los elementos esenciales del contrato y, en particular, a las cláusulas de fijación del precio de los bienes y servicios, sin que esta previsión normativa pueda considerarse contraria a las exigencias del Derecho comunitario, en tanto que el art. 8 de la Directiva 93/13/CE, como Directiva «de mínimos» que es, permite a los Estados miembros establecer, en su Derecho interno, disposiciones más estrictas que las contenidas en la propia norma comunitaria, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

La pregunta que surge, de inmediato, es evidente: ¿supone esta doctrina del TJCE la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales españoles pueden controlar la adecuación a Derecho de los precios de los contratos de bienes y servicios concertados por un empresario y un consumidor (B2C)?

La respuesta negativa a esta cuestión se ha argumentado en las razones que siguen:

1ª) La interpretación del art. 82 del TRLGDCU, realizada de manera conforme con la Directiva comunitaria y tomando en consideración los criterios hermenéuticos del art. 3 del CC, excluye el control de contenido de las cláusulas contractuales que establecen los elementos esenciales del contrato y no existe ninguna otra norma que lo ampare. En efecto, así resulta de la toma en consideración del iter legislativo del precepto –el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE fue suprimido de la Proyecto de Ley de transposición en virtud de la enmienda núm. 71 propuesta por el GP de «IU-IC» y fruto de un error en la votación de la misma-; de una interpretación sistemática de la norma: y del criterio teleológico, pues la exclusión del control de contenido de los elementos esenciales del contrato permite el equilibrio entre la tutela eficaz del consumidor o usuario y la necesaria competencia entre oferentes –el consumidor puede valorar ofertas alternativas entre los competidores en el mercado en régimen de libre competencia[65]. De conformidad con este argumento, la STS 406/2012, de 18 de junio [RJ 2012\8857] ha declarado que no cabe invocar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, pues éste es un elemento esencial del contrato de préstamo, y está excluido, por tanto del control de abusividad. La STS ha sido cuestionada por algunos autores desde la perspectiva que ofrece la STJUE de 3 de junio de 2010 [TJCE 2010\162][66].

65 .- En este sentido se pronuncia expresamente, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «El control de adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», en I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil (J. Massaguer, A. Díaz Moreno, L. A. Soler y A. Arribas, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 227 y ss.; y PALAU RAMÍREZ, F.: «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusivitas a propósito de la STS, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 2011, sobre las cláusulas de redondeo al alza», Ar. Civ., núm. 5, septiembre de 2011, págs. 136 a 139.

2ª) El control de contenido es un control de legalidad –como resulta del hecho de que la sanción prevista para el caso de que no se supere, es la «nulidad de pleno derecho» de las cláusulas afectadas- y ello por cuanto los Tribunales están llamados a aplicar la Ley y las demás fuentes del Ordenamiento jurídico, pero no para realizar juicios de equidad sobre el precio de los productos o de los servicios prestados, que son establecidos por las reglas de mercado en el marco de un sistema que garantiza la libre competencia. En efecto, parece evidente que los Tribunales carecen de competencia para censurar los precios de los bienes o de los servicios por considerarlos inequitativos o superiores a los precios que se estimen adecuados en un juicio de mera equidad. En consecuencia, las cláusulas contractuales –predispuestas o no negociadas individualmente- y los pactos atinentes a la determinación del precio pueden ser objeto de un control de inclusión y también de un control de transparencia[67], pero se encuentran al margen del control de contenido[68]. En línea con la doctrina que más tarde asumiría la Sala de lo Civil del TS, la **SJM núm. 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011 [AC 2011\2146]** afirmó que «la existencia per se de una cláusula suelo no supone necesariamente que la misma resulte abusiva […] Puede por ello decirse que no hay base jurídica para que el test de abusividad dé positivo en el control de contenido de la "cláusula suelo". El control de abusividad no puede aplicarse a la "cláusula suelo" como mecanismo general y abstracto de acotación mínima de los intereses». Si esto es así, puede concluirse que las acciones colectivas, que son las que permiten el control abstracto de las condiciones generales de los contratos, no tienen aplicación en este ámbito, reservado a las acciones ejercitadas de manera individual, en orden a verificar el cumplimiento de los requisitos para superar el control de incorporación y, en su caso, de transparencia.

En el caso de que se admita que los órganos jurisdiccionales pueden realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas contractuales referidas a la definición del objeto principal y a la fijación de precio o retribución de los contratos, es necesario acreditar que existe un desequilibrio, en perjuicio del cliente consumidor, contrario a la buena fe contractual. Por otra parte, su inclusión en el art. 25 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del clientes de servicios bancarios, rubricado «información adicional sobre cláusulas suelo y techo» -tipos de interés mínimo y máximo-, constituye un argumento adicional a favor de su validez abstracción hecha de la necesidad de superar el control de transparencia en los términos que ha precisado la STS 241/2013, de 9 de mayo [RJ 2013\3088].

66 .- Vid., en sentido crítico, ÁLVAREZ OLALLA, P.: «El Tribunal Supremo niega el control de contenido sobre elementos esenciales del contrato, a pesar de la doctrina, en sentido contrario, del TJUE», en www.uclm.es/centro/cesco).

67 .- MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª: «La nulidad de las condiciones generales», en Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución (J. Delgado Echeverría, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 207.

68 .- En este sentido, expresamente, YANES YANES, P.: «El control de la "cláusula suelo"», Ponencia impartida en la AMN y publicada en El Notario del Siglo XXI, núm. 43, mayo/junio de 2012, pág. 118.

Las incongruencias de la STS 241/2013, de 9 de mayo (aclarada por Auto de 3 de junio de 2013 y confirmada por el ATS de 6 de noviembre de 2013 [desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones]).

Con independencia de que pueda compartirse, en términos socioeconómicos, el fallo de la STS 241/2013, de 9 de mayo, analizada en términos estrictamente jurídicos adolece de graves vicios, que impiden –reitero que, desde una perspectiva de puridad y rigor jurídico- que puedan compartirse sus dos argumentos esenciales; a saber: el primero de ellos que, ejercitada una acción colectiva de tutela de intereses difusos fundada en el pretendido carácter abusivo de determinadas las cláusulas predispuestas –por tres entidades bancarias o financieras- de fijación de tipos mínimos de interés en contratos de préstamo con garantía hipotecaria pactados a interés variable, se declare su nulidad de pleno derecho con un fundamento radicalmente distinto del postulado por la asociación actora y por e Ministerio Fiscal; y el segundo, más flagrante, si cabe, que declara la nulidad de pleno derecho de las cláusulas litigiosas, se impone, por imperativo del art. 1303 del CC, la restitución de lo percibido en aplicación o ejecución de la cláusula contractual declarada nula –se tiene por no puesta-, junto con los intereses legales que las cantidades satisfechas, de manera indebida, hayan devengado hasta la fecha de la efectiva restitución. Pues bien, en los párrafos que siguen se explican ambas críticas a la referida STS.

Entresacado: "La STS de 9 de Mayo resuelve con un razonamiento distinto al solicitado y no acuerda la devolución de cantidades tal y como recoge el art. 1303 del CC".

1ª) En el demanda se la que trae causa la STS 241/2013 se ejercitaba una acción colectiva de cesación de la utilización de determinadas cláusulas (condiciones generales de la contratación o cláusulas contractuales predispuestas) de fijación de tipos de interés mínimo en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, pactados a interés variable, que se reputaban abusivas y de se declara que no superan no el control de contenido (en el seno del cuál se verifica el carácter abusivo o no de la cláusulas contractual objeto de litis), sino que la nulidad de las cláusulas objeto de litis se declara por no superar el denominado control de transparencia.

> **"La STS de 9 de Mayo resuelve con un razonamiento distinto al solicitado y no acuerda la devolución de cantidades tal y como recoge el art. 1303 del CC".**

Pues bien, comoquiera que los problemas de transparencia e información a los clientes minoristas en general y a los consumidores en particular, dependen de elementos externos a las propias cláusulas enjuiciadas, como son los relativos al cumplimiento de deberes de información impuestos a las entidades por la normativa vigente en cada caso concreto, así

como al cumplimiento de los deberes de información impuestos al Notario actuante en la normativa sobre préstamos hipotecarios en cada escritura particular, no son susceptibles de ser enjuiciados a través de una demanda cuya legitimación se funda en la tutela de intereses difusos, al amparo de lo dispuesto en el art. 11.3 de la LECiv.

El TS recurre al argumento de la apreciabilidad de oficio de la nulidad de las cláusulas predispuestas objeto de litis, puesto que la falta de transparencia de estas cláusulas no fue objeto de ninguna de las pretensiones de las partes intervinientes en el proceso. Por ello, aunque considera que, como regla, no cabe el control de equilibrio de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, y aunque asume formalmente la doctrina del TSJUE sobre el respeto al derecho de defensa de las partes en la estimación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas, considera que la citada STJUE de 3 de junio de 2010 [C 484/08] y la falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13, le proporcionan bases suficientes para introducir esa tercera categoría de la abusividad por falta de transparencia que, erróneamente, considera suficiente para poder entrar a conocer de una fundamentación de nulidad no introducida en el proceso. Pues bien, no puede admitirse que la pretensión de la actora y recurrente en casación, de nulidad de las cláusulas objeto de la acción ejercitada por desequilibrio y mala fe en su contenido, ampare, en términos de congruencia procesal, la falta de incorporación de las «cláusulas suelo» por falta de transparencia[69].

En efecto, el art. 218.1.II de la LECiv impide que el Tribunal pueda alterar el elemento jurídico de la «causa petendi», esto es, la calificación jurídica de los hechos alegados para que «los litigantes no se puedan ver sorprendidos con un argumento jurídico del tribunal y que no habrían tenido oportunidad de debatir.

2ª) Se declara la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contractuales (condiciones generales de la contratación) insertas en determinados contratos concertados por clientes minoristas con tres entidades financieras o de crédito, pero no se reconoce la eficacia retroactiva o «ex tunc» del pronunciamiento, argumentando (F.D. 17º de la STS 241/2013, de 9 de mayo), entre otros motivos, sobre los «trastornos graves con trascendencia al orden público económico, a extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la Sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas» (sic). La argumentación y la consecuencia a que conduce colisiona frontalmente con las normas básicas del Derecho contractual y que rigen los efectos de la nulidad radical o de peno derecho declarada de las cláusulas contractuales afec-

[69] .- En este sentido, CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C.: «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», en www.uclm.es/centro/cesco, octubre de 2013, §.III.5.

tadas por la misma, que deben tenerse por no puestas y, por lo tanto, carecer de cualquier efecto para el consumidor o usuario. Sorprende el argumento, en esencia por carecer de amparo legal alguno (piénsese en un deudor que, como fundamento para no ser constreñido a pagar lo que debe, alegase que, en caso de pagar, se encontraría en una situación de insolvencia ¿ampararía algún Juez o Tribunal semejante causa de oposición a una acción de cumplimiento o de reclamación de deuda?), pero también por el carácter infundado de la misma ¿realizo el cálculo de lo que las entidades bancarias o financieras estarían obligadas a restituir a sus deudores hipotecarios? ¿tenía conocimiento de lo que dichas cantidades representarían en las cuentas de resultados de las entidades financieras afectadas? Desde luego, de la lectura de los escritos de demanda, contestación, recursos de apelación, oposición a la apelación y recurso de casación y oposición, así como de las Sentencias dictadas en las dos instancias, resulta una respuesta negativa a ambas preguntas.

Los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula contractual no negociada individualmente: Eficacia «ex tunc».

Tras la STS de 9 de mayo de 2013 y como resultaba previsible a tenor de las incongruencias de su fundamentación y de su fallo, se puede observar una heterogeneidad de resoluciones de órganos judiciales de instancia relativas a los efectos de la declaración de nulidad, bien fundada en su carácter abusivo, bien en su falta de transparencia, de las llamadas «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo hipotecario pactados a interés variable.

El criterio que mayoritariamente parece decantar al juzgador por seguir o no la doctrina de aquella STS, es el hecho de que la acción de que conozca sea individual o colectiva. Como ejemplos paradigmáticos de ambas interpretaciones pueden traerse a colación la SAP Alicante, Secc. 9ª, de 23 de julio de 2013 [JUR 2013\279153] y la SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 22 de mayo de 2013 [AC 2013\1479][70]. La primera de estas Sentencias, dictada en un procedimiento iniciado por un consumidor individual (los cónyuges deudores hipotecarios), estima la acción ejercitada, declara la nulidad de pleno derecho de la cláusulas litigiosa –con subsistencia del resto del contenido obligacional del contrato- y condena a la entidad bancaria a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas derivadas de su aplicación desde la fecha de celebración del contrato, incrementadas con los intereses legales devengados desde la fecha de la interpelación judicial. El reconocimiento de los efectos retroactivos que es conforme a la declaración de nulidad, se argumenta por

[70] .- La Secc. 1ª de la AP de Cáceres ya había declarado la nulidad de las «cláusulas suelo» en virtud de una acción colectiva resuelta por su Sentencia de 24 de abril de 2012 [JUR 2012\154622], que carece de pronunciamiento atinente a los efectos sobre los intereses ya cobrados en aplicación de las mismas y que cuenta con un voto particular.

la AP de Alicante señalando que al tratarse de una acción individual no está vinculada por e fallo de la STS.

Por el contrario, la referida SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 22 de mayo de 2013 [AC 2013\1479], también conociendo de una acción individual y declarando la nulidad de una cláusula de fijación de interés mínimo en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en cuanto a los efectos de esta declaración considera vinculante el pronunciamiento del TS por cuanto éste no vinculó el riesgo de trastorno grave sobre el orden público económico al carácter colectivo de la acción ejercitada en el supuesto objeto de litis.

Un razonamiento jurídico simple nos lleva irremediablemente a compartir el criterio de la Sección 9ª de la AP de Alicante, pero pretiriendo, en todo caso, su razonamiento en derredor de la no vinculación del fallo de la STS por tratarse, en el caso enjuiciado de una acción individual y es que los Jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 de la CE), debiendo resolver los casos ateniéndose exclusivamente al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del CC), sin que en la interpretación y aplicación de las leyes se encuentren vinculado más que por las resoluciones dictadas por el TC (art. 5.1 de la LOPJ) y no, entonces, por las del TS, máxime cuando el criterio asumido por el TS es un criterio que vulnera, de manera flagrante la norma que ha de aplicar.

Bibliografía.

ABELLÁN TOLOSA, L.: «El acceso de los consumidores a la justicia», Derecho de consumo [Mª J. Reyes López, Coord.], Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 (2ª edic.).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «El control de adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», en I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil (J. Massaguer, A. Díaz Moreno, L. A. Soler y A. Arribas, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 (pgs. 219 a 240).

ÁLVAREZ OLALLA, P.: «El Tribunal Supremo niega el control de contenido sobre elementos esenciales del contrato, a pesar de la doctrina, en sentido contrario, del TJUE», en www.uclm.es/centro/cesco).

ARIZA COLMENAREJO, Mª J.: La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ARMENTA DEU, T.: Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución, Ed. M. Pons, Madrid, 2013.

AA.VV.: «Le consommateur et le procès», informes nacionales en Le consommateur (Journées colombiennes, T. LVII, 2007. Travaux de l'Association Henri Capintant), Ed. Bruylant – LB2V, Bruselas – París, 2010 (pgs. 609 a 765).

BUJOSA VADELL, L. M.: «El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios», en Derechos de los consumidores y usuarios (A. de León Arce; L. Mª García García, Coords.), T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 (2ª edic.).

BUSTO LAGO, J. M.: «Acciones colectivas, declaración del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales de la contratación y eficacia "ultra partes": apreciación "ex officium" de su nulidad (a propósito de la STJUE de 26 de abril de 2012 [asunto C-472/10])», en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 2, junio de 2012 [http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco].

- «Formas de resolución de los conflictos de consumo (procedimientos judiciales, arbitraje y mediación)», Sección 5ª de Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor) (J. M. Busto Lago, Coord.), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010 (3ª edic.).

- Comentario de los artículos 53 a 56 («Acciones de cesación») del TRLGDCU», en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre) (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Dir.), Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (págs. 651 a 708).

CABAÑAS GARCÍA, J. C.: Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contrato (con jurisprudencia asociada), Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

CALDERÓN CUADRADO, Mª P. y ANDRÉS CIURANA, B.: «La sentencia dictada en procedimientos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios», en Tutela de los consumidores y usuarios en la LECiv (S. Barona Vilar, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CARRASCO PERERA, Á.: «Desarrollos futuros del Derecho de consumo en España, en le horizonte de transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores», en La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011) (S. Cámara Lapuente, Coord.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2012 (pgs. 311 a 332).

- Derecho de contratos, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C.: «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», en www.uclm.es/centro/cesco, octubre de 2013.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª: La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias (Una aproximación desde el Derecho comunitario), Ed. Bosch, Barcelona, 2013.

GARNICA MARTÍN, J. F.: Comentarios a la nueva LECiv (M. Á. Fernández Ballesteros y otros, Coords.), T. I, Iurgium Editores, Barcelona, 2000.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010.

GIUSSANI, A.: «L'azione collettiva resarcitoria nell'art. 140.bis C.Cons», en Rivista di diritto processuale, núm. 5, 2008.

GONZÁLEZ CANO, Mª I.: La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GONZÁLEZ CUETO, T.: «La acción de cesación en la legislación española. Disposiciones nacionales y, en particular, la Ley 39/2002, de 28 de octubre», Repertorio Aranzadi del TC, 15/2003.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: «Comentario del art. 53 del TRLGDCU», en Comentarios a las normas de protección de los consumidores (S. Cámara Lapuente, Dir.), Ed. Colex, Madrid, 2011.

Lafond, P.-Cl.: «Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs», Ed. Thémis, Montreal, 1996.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Mª: «Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores», La Ley, núm. 6852, 2 de enero de 2008.

LÓPEZ JIMÉNEZ, R. y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «Comentarios prácticos a la Ley de

Enjuiciamiento Civil (Casos especiales de acumulación necesaria: art. 73.2 y 3 LECiv)», InDret, 2008/4.

MARÍN LÓPEZ. J. J.: «Las acciones de clase en el Derecho español», InDret, 2001-3.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª: «La nulidad de las condiciones generales», en Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución (J. Delgado Echeverría, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: «Solicitud de diligencias preliminares y su sometimiento al test constitucional de proporcionalidad. Entrega del listado de datos personales de los clientes bancarios a una asociación de defensa de usuarios y consumidores con la finalidad de ejercitar la acción de cesación para la defensa de intereses colectivos», La Ley, núm. 7943, 15 de octubre de 2012.

MONTÓN GARCÍA, L.: Acciones colectivas y acciones de cesación, Ed. INC, Madrid, 2004.

PALAU RAMÍREZ, F.: «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusivitas a propósito de la STS, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 2011, sobre las cláusulas de redondeo al alza», Ar. Civ., núm. 5, septiembre de 2011.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: «La tutela procesal de consumidores y usuarios», Hacia un código del consumidor, Ed. CGPJ, Madrid, 2006.

STUYCK, J.: «Las directivas en revisión y otros ámbitos necesitados de ulterior armonización» en La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011) (S. Cámara Lapuente, Coord.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2012 (pgs. 163 a 177).

Tzankova, I.: «Trans-national litigation: Dutch developments», 4th International Conference on the globalisation of class actions / FIU, Miami, 10 de diciembre de 2010 (http://globalclassactions.stanford.edu/content/trans-national-litigation-dutch-developments).

Tzankova, I. y Lunsingh Scheurleer, D.: «The Globalization of Class Actions», en Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 622, marzo de 2009 (pgs. 149 a 160).

VICENT CHULÍÁ, F.: «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», RdPat, núm. 13, 2004.

YANES YANES, P.: «El control de la "cláusula suelo"», Ponencia impartida en la AMN y publicada en El Notario del Siglo XXI, núm. 43, mayo/junio de 2012.

PARTICIPA

EN ADICAE PLANTANDO CARA A LAS ENTIDADES BANCARIAS

- Ante la concentración bancaria
- Contra la exclusión en los servicios financieros
- En movilizaciones ante los fraudes
- Informando y formando a los consumidores

HAZTE VOLUNTARIO DE ADICAE

Contacta con nosotros en participación@adicae.net

SÚMATE A LA MAREA DE LOS CONSUMIDORES

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

José Alberto Revilla González

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

Primero.- La Asociación ADICAE, en cuanto Asociación de Usuarios y Consumidores, legalmente constituida e inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores del Instituto Nacional de Consumo ha interpuesto diferentes demandas, ante distintos Juzgados de lo Mercantil, en ejercicio de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación y las derivadas de la Ley General de Publicidad en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, ejercitándose acumuladamente, acciones individuales de varios socios de la citada asociación, como perjudicados por la comercialización de determinados productos financieros.

Varias de estas demandas y resoluciones han sido facilitadas para la elaboración de este estudio, aunque, por su prolijidad ya que son muy extensas, no han podido ser analizadas con total exhaustividad.

Segundo.- En la fundamentación de dichas demandas se ha sostenido, en primer lugar, la competencia de los juzgados de lo mercantil para el conocimientos de las demandas, con base en lo establecidos en el artículo 86 ter, 2 de la LOPJ; en segundo lugar, la tramitación a través del juicio ordinario, por considerar que la acción principal ejercitada deriva de una condición general de la contratación; en tercer lugar, se afirma la legitimación activa, individual y colectivamente, de los "actores afectados" en cuanto que titulares de la relación jurídica litigiosa y miembros determinados de un grupo de afectado; y finalmente, se fundamenta la acumulación objetiva y subjetiva de acciones sobre la base de una competencia objetiva común de los Juzgados de los Mercal para conocer de todas las acumuladas, y una homogeneidad en la causa de pedir, un principio de economía y la evitación de resoluciones contradictorias.

Tercero.- En varios de estos procedimientos en los que se han planteado acumuladamente estas acciones, la decisión judicial ha sido entender que no pueden ejercitarse acumuladamente las acciones colectivas de cesación y las acciones individuales de cada una de las personas físicas, estimándose la excepción procesal de indebida acumulación de acciones planteada de contrario.

Con estos antecedentes, y delimitando las respuestas a las cuestiones planteadas, se emite el siguiente.

4.1. Necesidad de encontrar la solución más favorable a la protección de los consumidores, como principio inspirador del ordenamiento jurídico y objetivo de política comunitaria. Examen desde el derecho de tutela efectiva.

Como punto de partida, y elemento interpretador de las cuestiones que se plantearán, hay que considerar que en los últimos años se ha estimulado desde la Unión Europea una importante política de protección de los intereses de los consumidores, que ha tenido su reflejo en las Directivas dictadas en los diferentes ámbitos normativos, y en las normativas nacionales de transposición de las mismas.

La preocupación por hacer más accesibles los tribunales a los consumidores, y mejorar los procedimientos que permitan

garantizarles el ejercicio de sus derechos, llevó en su momento a analizar los obstáculos existentes y a plantearse una serie de cuestiones sobre cómo mejorar la tutela jurisdiccional del consumidor. La insatisfactoria respuesta que tradicionalmente se daba, sobre todo, a los litigios de menor relevancia económica, hacía plantearse la mejora del acceso de los consumidores a la justicia. Pues, aun cuando individualmente esos pequeños litigios pudieran considerarse de una trascendencia menor, el efecto era que un gran colectivo se veía desanimado a defender sus derechos, y el resultado era un notable fracaso del sistema en la resolución de conflictos en materia de consumo.

Con la entrada en vigor del Acta Única Europea, el 1 de julio de 1987, se recoge por primera vez la protección de los consumidores entre los objetivos de política legislativa comunitaria. El apartado 3 del artículo 100 A del Tratado CEE establece que la Comisión, en sus propuestas de aproximación que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en materia de salud, seguridad, protección del ambiente y protección de los consumidores, se basará en un "nivel de protección elevado". El Acta Única abre así nuevas perspectivas en el desarrollo de la política europea en materia de consumo, que tendría un posterior fortalecimiento en el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

Eso hace plantearse, incluso, en qué medida la consecución de ese elevado nivel de protección de los consumidores condiciona la autonomía procesal de los Estados en lo que respecta al ejercicio acumulados de acciones de cesación ejercitadas por las asociaciones de protección de los consumidores, y las acciones individuales de éstos en defensa de sus derechos e intereses legítimos; o si la cuestión es puramente interna, y los Estados mantienen su autonomía para el establecimiento de normas procesales al respecto, que deberían analizarse únicamente en la dimensión nacional, y conforme a las exigencias de tutela judicial efectiva que se garantiza en nuestra Constitución.

Así, el articulo 7 de la Directiva 93/13 obliga a los Estados a velar por que "existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores"; y esos medios "incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas".

Ciertamente, ello no impone una armonización de los procedimientos y normas procesales para conseguir esos objetivos de protección, pero como ha venido reiterando el TJUE "la libertad en la elección de los procedimientos y medios destinados a garantizar la aplicación de una directiva no menoscaba la obligación de los Estados

miembros destinatarios de aquélla de adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena efectividad de la directiva conforme al objetivo por ella perseguido" (Sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 15; y 15 abril 2008, Impact, 268/06, Rec. p. I-2483, apartado 40).

En este sentido, cabría, incluso, preguntarse si la actual regulación española, y la interpretación que de ella se ha hecho en las resoluciones judiciales objeto de estudio, resulta compatible con el objetivo de alto nivel de protección de los consumidores perseguido por el Derecho comunitario, al dificultar de algún modo el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico. Debiendo recordarse, además, que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 37 y jurisprudencia allí citada), a cuya luz deben interpretarse las normas procesales, para evitar que determinadas interpretaciones puedan llevar a dificultar el ejercicio de esos derechos, hasta el punto de disuadir al consumidor de acudir a los tribunales.

Además, la protección de los consumidores, enmarcada en el desarrollo de una política social, va necesariamente unida al nacimiento y desarrollo de las asociaciones de defensa del consumidor. Este fenómeno asociativo se encuentra lógicamente ligado a la defensa de ese colectivo, y constituye un instrumento de integración social que ha adquirido una importancia creciente en los últimos años, contribuyendo al eficaz ejercicio de los derechos de los consumidores. El fortalecimiento de esos derechos pasa por permitir ejercer a dichas asociaciones activamente sus fines; que, desde la óptica procesal, supone dar una interpretación jurídica a las cuestiones aquí planteadas favorable a esa ratio legis común que ha inspirado los cambios normativos a favor del acceso de los consumidores a las justicia.

4.2. Acumulación de la acción colectiva de cesación y las acciones individuales de los consumidores. Acumulación subjetivo-objetiva.

En las demandas facilitadas por ADICAE que han sido utilizadas como base del presente estudio, se habla de una acumulación de acciones objetiva y subjetiva fundando la acumulación objetiva de la siguiente manera:

"Con el fin de que se puedan discutir en un mismo procedimiento y resolverse en una única sentencia, en el presente procedimiento se ejercitan acumuladamente varias acciones que a los actores compete frente a la entidad financiera demandada, proviniendo en realidad todas ellas una misma causa de pedir(sic)"

"Respecto de la acumulación de acciones y, en consecuencia de los procesos derivados de ellas resultan aplicables los artículos 53, 71 y ss. y ss. de la LEC. Entiende esta parte que concurren los requisitos establecidos en el artículo 76 de la LEC (el punto primero en relación al consentimiento, y

asimismo el 2º) Concurre la misma cusa de pedir, siendo de aplicación el artículo 12.1 de la L.E.C…" .

La fundamentación afirmada hace referencia, así, a preceptos de distintas figuras afines: acumulación objetiva propiamente dicha (art. 71.2), litisconsorcion voluntario (art. 12.1) y acumulación de procesos (art.76).

La acumulación inicial de acciones propiamente dicha es la que aparece contemplada en el artículo 71.2, cuando establece que "el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquellas no sean incompatibles entre sí". Es decir, estaríamos en el caso de un solo demandante frente a un solo demandado, que en una única demanda ejercita dos o más acciones, para que todas se conozcan en un único procedimiento y se resuelvan en una sola sentencia. No supondría un proceso con pluralidad de partes como la que existe en todas estas demandas, en la que junto a la Asociación demandante que ejercita la acción colectiva de cesación, comparecen los consumidores que se consideran afectados, ejercitando las acciones individuales.

ADICAE puede defender además de los intereses generales, los derechos e intereses de sus asociados en sus demandas.

Cosa distinta es que ADICAE actuara defendiendo no sólo los intereses generales de los consumidores y usuarios, sino defendiendo en juicio los derechos e intereses de sus asociados, cuando tales asociados hubiesen otorgado a la Asociación el oportuno mandato y ella actuara formalmente en nombre de aquéllos en el proceso; toda vez que dicha asociación podría defender en el proceso los derechos e intereses de cada uno de los asociados" (STC 90/2001, de 2 de abril, FJ 4; y 73/2004, de 19 de abril).

En estos casos, aún actuando en nombre e interés ajeno (sin entrar aquí en la construcción dogmática de si es una sustitución procesal, una genuina representación, o una legitimación representativa, a caballo entre la sustitución procesal y la representación legal) sí podríamos entender que, al menos formalmente, existe un actor que ejercita acumuladamente una serie de acciones.

Pero, dada la forma en que las demandas se plantean, falta la unidad o identidad subjetiva activa exigida por el artículo 71.2 de la LEC ("el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado") para poder hablar propiamente de una acumulación objetiva de acciones, o exclusivamente objetiva. No obstante, como señalara el profesor Guasp "no puede hablarse de una acumulación que no sea objetiva" (Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil, 1945, p. 513-514) por lo que la cuestión cabe abordarla más, como una acumulación subjetivo-objetiva que alude a la existencia de más de un acción y la presencia de más de dos personas en el procedimiento. En este caso, la posición de demandantes se encuentra constituida por una pluralidad de partes, que estando legitimadas ordinaria o extraordinariamente, han entablado un único procedimiento.

Esa voluntad de comparecer unidas la asociación y sus asociados consumidores individuales en el lado activo del procedimiento la acumulación, hace plantearse la posibilidad de acumulación desde otra óptica: que exista entre las acciones acumuladas cierta conexidad que justifique el tratamiento unitario y la resolución conjunta, evitando lo que serían incrementos notable de costes y del tiempo.

Pare ello, consideraremos la posibilidad de acumulación desde esa visión, e interpretando con amplitud las posibilidades que las leyes procesales establecen para permitir ese acceso a la justicia con el menor coste y la eficacia del derecho de tutela efectiva.

Junto a la protección de intereses cuyo titular es una sola persona, existen otros que afectan a una determinada colectividad o, en general, a todos los consumidores como categoría. Son los intereses que han venido a denominarse colectivos o difusos. La doctrina procesalista clásica tomaba como punto de partida los intereses individuales para elaborar las nociones básicas del Derecho Procesal, y en particular lo referente al concepto de legitimación. Sin embargo, ante la evidencia de una pluralidad de situaciones necesitadas de tutela jurídica, resultaba claro que ésta no puede lograrse aisladamente respecto de cada individuo. Cuando existe una multitud de sujetos afectados, o al menos una pluralidad considerable, no puede pretenderse la presencia de todos y cada uno de ellos en el proceso. De tal particularidad deriva la insuficiencia de los criterios elaborados tradicionalmente para la defensa de intereses individuales, y la superación del modelo clásico de legitimación, reconocida a quien afirma la titularidad de un derecho propio, o a quien actúa en sustitución o representación, en sentido técnico, de quien es su titular. En este sentido, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), superadora de una perspectiva individualista, y marcada por la idea de favorecimiento del movimiento asociativo, vino a reconocer a las asociaciones de consumidores y usuarios la posibilidad de ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación, o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (art. 20.1). Posibilidad de defensa de intereses generales por las asociaciones de consumidores que supuso una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, y que se enmarcaba dentro de una orientación europea en tal sentido. Ejemplo de ello es la denominada Ley Royer francesa de 17 de diciembre de 1973, o la ley alemana de 9 de diciembre de 1976 sobre condiciones generales de los contratos.

> **“La concurrencia de varias acciones y varias personas en las demandas, permite la acumulación si hay conexión entre las acciones acumuladas”.**

La defensa de intereses plurisubjetivos mediante las llamadas “acciones colectivas” ha sido objeto de atención en distintas leyes, que han ido incorporando normas de carácter procesal en favor de una tutela jurisdiccional ejercitada por asociaciones de consumidores. En ámbitos específicos como el de la publicidad engañosa, competencia desleal, o el de las condiciones gene-

rales de la contratación, la legislación española desarrollada en los últimos años ha ido tomado en consideración la protección de tales intereses y la previsión de que las asociaciones de consumidores y otros sujetos legitimados insten en vía judicial el cese de prácticas ilícitas o desleales[71].

En particular, por lo que hace referencia a las acciones de cesación de condiciones generales de contratación, ejercitadas en los procedimientos objeto de consideración, sabido es que Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que tenía por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, vino a establecer, frente a posibles prácticas ilícitas, instrumentos de tutela dirigidos a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz" (art. 12.2). Se trata, pues, de impedir que puedan seguir utilizándose condiciones que se reputan nulas; lo que exige necesariamente esa declaración de nulidad previa a la condena de abstenerse a utilizarlas en un futuro. Lo que en realidad se está ejercitando es, por un lado, una pretensión declaración de nulidad, y, por otro lado, la condena al cumplimiento de una prestación de hacer (eliminar las declaradas nulas) y de no hacer (abstenerse de utilizarlas en el futuro). Esa condena al cese o prohibición de lo que se considera un acto constitutivo de infracción es en realidad la esencia de la acción de cesación, y así quedaba reflejado en la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

4.2.1. Presupuestos procesales de la acumulación.

A) La homogeneidad procedimental .

El ejercicio de las acciones de cesación, tras la reforma de la Ley 39/2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas europeas de protección al consumidor se lleva a través del juicio verbal, según establece el artículo 250.12 de la LEC. Modificación que se justificaba en la Exposición de Motivos de la Ley diciendo que "con el fin de garantizar la rapidez de los procedimientos judiciales en los que se ejercitan dichas acciones, éstos se tramitarán por el juicio verbal".

---

[71] .- Así, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, (art. 10); la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados (arts. 13 y 14); en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (art. 16 bis); en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (arts. 120 y 121); en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 89/552 CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, (arts. 21 y 22); en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (arts. 25, 26 y 29), en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (art. 20); en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico; y en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

Novedad que, pareciendo bien intencionada, ha despertado ciertas críticas por los inconvenientes que presenta, entre ellos el posible ejercicio acumulado de otras acciones que deban sustanciarse por los cauces del juicio ordinario. Por lo que ha llegado a calificarse la norma de muy desafortunada, al considerar que "el legislador únicamente ha impuesto ese procedimiento respecto de la acción de cesación y no ha reparado que con frecuencia la misma puede ejercitarse de forma acumulada con otras.. y la opción del juicio verbal impide que la acción de cesación también se pueda sustanciar por le juicio ordinario, en los casos en los que se haya ejercitado con otra acumulada para la que no sea adecuado el juicio verbal" (Garnica Martín, 2006, la acción de cesación, p. 27-28). Concluyéndose, por la generalidad de la doctrina, y ese es el sentido de las resoluciones facilitadas para su estudio, que la opción del juicio verbal de la posibilidad de sustanciar esa acción de forma acumulada con otras por el juicio ordinario, como consecuencia de lo establecido en el artículo 73.1.2º de la LEC que excluye la acumulación de acciones que deban ventilarse, por razón de la materia, en procedimientos de tipo diferente. Además, se ha señalado expresamente, respecto a la posible acumulación de la solicitud de nulidad del contrato que contiene una cláusula abusiva a la acción de cesación que "el carácter individual de cada uno de los contratos que se han suscrito entre un número determinado de consumidores convierte esta pretensión en incompatible con la acción de cesación, especialmente si tenemos en cuenta el supuesto fáctico en que se fundamenta cada una de ellas (Ariza Colmenarejo, 2012, Las acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios, p. 159).

"El legislador ha creado una traba al de la acción de cesación por no prever a qué procedimiento hay que acudir en caso de acumulación junto a otras".

Pero, no obstante estas primeras conclusiones que parecen ser contundente, dada la literalidad de la ley, cabe preguntarse si tiene realmente sentido, y es lo querido por el legislador, imponer el ejercicio único de la acción de cesación o, a lo sumo, la acumulación de una acción resarcitoria dentro de los límites cuantitativos del juicio verbal. Sólo un esfuerzo interpretativo, y un examen a la luz del derecho de tutela efectiva pude llevar a una solución contraria, en el actual contexto legislativo. Para ello, pensemos, en primer lugar, que el original artículo 14.2 de la LCGC establecía que "Los juicios en que se sustancien la acción de nulidad o de declaración de no incorporación, y las acciones declarativa, de cesación o retractación se tramitarán separadamente, sin perjuicio de las acumulaciones de estas últimas entre sí". Dicha norma fue derogada por la Disposición derogatoria única, 2.15ª de la LEC; lo que supuso la primera eliminación de un obstáculo e, implícitamente, el afirmación de que conceptualmente no es tan claramente incompatible su ejercicio acumulado, como se ha querido ver. En segundo lugar, el artículo 76.2.1º (y la excepción a que se re-

fiere el artículo 78.4) son muestra de la consideración legislativa de que los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios presentan especiales caracteres que aconsejan su resolución en un solo proceso. Y, en tercer lugar, la prohibición de acumulación de acciones ante un tribunal que carezca de competencia para conocer de algunas de ellas, o cuando deban, por razón de la materia, ventilarse en juicios de diferente tipo, admite determinadas excepciones, como así lo contempla el artículo 73.2 de la LEC.

Ello nos hace pensar, cuando menos, que las demandas, tal como han sido presentadas por ADICAE, no tratan de hacer un uso desviado de la figura jurídica-procesal de la acumulación de acciones, o una acumulación arbitraria, sino que obedece a ese propósito que la propia ley contempla de que la tutela de los derechos de los consumidores (ya sea promovida por asociaciones o por consumidores o usuarios determinados) se realice en un solo proceso.

Ambas acciones –las de cesación y las individuales de nulidad- se encuentran de algún modo interrelacionadas, pues si con la primera se trata de poner fin a determinadas prácticas (aun cuando puede tener un carácter meramente preventivo, tendente a evitar que se produzcan en un futuro) que atentan a los intereses colectivos de los consumidores, con la segunda se buscan soluciones concretas a casos particulares de determinados consumidores que se consideran perjudicados por el modo en como se ha concebido el producto y se ha ejecutado su comercialización, entendiendo que prestaron su consentimiento sin conocer con claridad el alcance y efectos de su contratación.

La asociación que ha tomado la iniciativa del ejercicio de dicha acción actúa basándose en un derecho que le ha sido atribuido por ley para prohibir el uso de cláusulas que el legislador considera ilícitas en las relaciones entre un profesional y un consumidor final privado" (STJUE de 1 de octubre de 2002 , Henkel (C-167/00), apartado 39); y los particulares ejercen su derecho a reclamar la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y que se declare, incluso, la nulidad del propio contrato. En esta situación, parece que permitir el ejercicio acumulado de ambas acciones es el mejor modo de que la cuestión se examine y resuelva de manera definitiva es un único procedimiento, pues la desagregación en un multiplicidad de procesos entendemos que resulta desproporcionada y contraria a lo que debe considerarse una efectiva tutela jurídica.

"ADICAE y consumidores ejercen su derecho a reclamar judicialmente por abusos que además están conectados igual que se han admitido otras acumulaciones en derecho societario".

En este sentido, el Tribunal Supremo, a propósito de una cuestión también harto debatida sobre la posibilidad o no de la acumulación de la acción de reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil

y la acción de responsabilidad por deudas sociales dirigidas frente a los administradores, ha venido a admitir la posibilidad de acumulación de las acciones, pese a que el conocimiento de cada una de ellas viene atribuida a órganos jurisdiccionales distintos (los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil), y la existencia de la prohibición de acumulación de acciones ante un tribunal que carezca de competencia para conocer de alguna de ellas. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de septiembre 2012 (núm. Resol. 539/2012) y 23 de mayo de 2013 (núm. Resolución 315/2013) ha venido a admitir dicha acumulación por "el obstáculo desproporcionado que para la tutela judicial efectiva supone tener que ejercitarlas separadamente ante distintos juzgados".

En las demandas presentadas, la acciones de cesación y las acumuladas de nulidad (y subsidiariamente las de anulabilidad y resarcimiento) presentan una estrecha conexión, y el propósito perseguido, aunque opera en dos dimensiones distintas: la colectiva y la individual-, es alcanzar un pronunciamiento judicial que declare la nulidad de determinadas cláusulas y contratos y así se expresa en los suplicos respectivos.

Por otro lado, cabe plantearse el alcance de la expresión "juicios de diferente tipo" que utiliza el artículo 73.1.2ª de la LEC, para considerar si la homogeneidad procedimental exigida tiene que tener en todos los casos el mismo alcance. Pues, si resulta clara la imposibilidad de acumular pretensiones que hayan de sustanciarse una a través de un juicio declarativo ordinario y otra a través de un juicio especial; o la imposibilidad de acumular acciones que hayan de sustanciar por juicios especiales heterogéneos, cabe plantearse si juega de igual manera esa prohibición de acumulación cuando se trata de los dos procesos declarativos ordinarios. Las solución más rigorista y estricta sería la acogida en los procedimientos estudiados, que estiman la excepción de indebida acumulación de acciones por falta de homogeneidad procedimental. Pero esta solución, que parece ampararse, sobre todo, en la literalidad del precepto y en el carácter imperativo de la normas procesales, deja de lado otras consideraciones que ampararían una solución más flexible. La cuestión ya se planteó con relación al antiguo artículo 154.3º de la LEC de 1881, que señalaba la imposibilidad de acumulación cuando "deban ventilarse y decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza); dando lugar a diversas soluciones jurisprudenciales (Fons Rodriguez, 1998, La acumulación objetiva de acciones en le proceso civil, p. 178 y ss.). La interpretación más flexible entendió que, pese a la heterogeneidad procedimental, resultaba factible la acumulación cuando las garantías procesales no se viesen disminuidas. De este modo, la excepción de inadecuación de procedimiento se relativizó y flexibilizó por el Tribunal Supremo, evitando frustrar el principio de tutela judicial efectiva, al permitirse dar respuesta a problemas conexos, salvando lo que se ha venido a denominar "peregrinaje de procedimientos".

En los casos objeto de estudio, de sustanciarse ambas acciones por el procedimiento ordinario, que ofrece mayores garantías, no quedarían mermados los medios de defensa e impugnación, y tampoco puede decirse que ello suponga un perjuicio para la parte demandada, pues incluso podría afirmarse que le otorga mayores posibilidades de defensa, al resultar más adecuado este tipo de procedimiento para resolver las cuestiones relativas a las acciones colectivas planteadas. El actor lo que hace es renunciar a un cauce, el más rápido del juicio verbal, y elegir el ordinario

Por ello, llegamos a la conclusión que la opción de resolver las acciones acumuladas en un único procedimiento, aun cuando sea menos estricta con la dicción legislativa, sí tiene en cuenta otros principios y exigencias constitucionales que deben ser considerados. Pues, aun cuando tiene su razón de ser esa exigencia de homogeneidad procedimental, entendemos que la interpretación de la excepción de inadecuación de procedimiento ha de ser restrictiva, para permitir que reclamaciones que son en esencia cercanas y se refieren a hechos que admiten un enjuiciamiento conjunto puedan ser resueltas de manera acumulada, siempre que con ello no se mermen las garantías procesales ni se trate de actuar fraudulentamente. Piénsese que, incluso, algún autor llegó a defender la supresión de la excepción de inadecuación de procedimiento (Muñoz Sabaté, 1991, "Acabemos con la excepción de proceso inadecuado", RJC, 1991, núm. 2 p. 569-572).

B.- Competencia del órgano por razón de la materia.

Admitida esa posibilidad de acumulación, y dado que en algunos casos el sustento de las pretensiones individuales declarativas de nulidad es la existencia de un vicio del consentimiento, cabe plantearse si el conocimiento de dichas acciones no es competencia de los juzgados de primera instancia, y ello impide que ambas acciones se ejerciten acumuladamente ante el juzgado de lo mercantil (tal como se han planteado todas las demandas) competente para el conocimiento de la acción de cesación.

En primer lugar, aun cuando el Auto de 29 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, señala abiertamente la competencia objetiva de estos Juzgados para conocer de las acciones individuales de nulidad de los contratos por fundarse no sólo en vicios del consentimiento, sino en lo establecido en los artículo 7 y 8, con relación al artículo 5 de la LCGC, no estimamos que resulte tan clara dicha competencia.

Ahora bien, no obstante esa falta de competencia para conocer de las acciones individuales de nulidad contractual por vicios de consentimiento, cabría traer a colación lo mantenido por el Tribunal Supremo en las ya citadas sentencias de 10 de septiembre 2012 (núm. Resol. 539/2012) y 23 de mayo de 2013 (núm. Resolución 315/2013), que, pese a admitir que no concurría en el supuesto examinado la exigencia del artículo 73 de la LEC, que establece como requisito que el

tribunal que deba conocer de la acción principal posea jurisdicción y competencia par conocer de la acumulada, admitió la procedencia de la acumulación ante el juzgado de lo mercantil, por considerar que ante él se ejercitada la acción más específica, que en el caso aquí contemplado sería la acción de cesación.

Por ello, admitiendo los argumentos expuestos en dichas sentencias, y trasladándolos a la cuestión aquí planteada, estimamos que la examinada la posibilidad de acumulación desde la eficacia del derecho de tutela efectiva, cabe sostener la posibilidad de acumulación de dichas acciones ante los juzgados de lo mercantil.

4.3. Acumulación subjetiva de las acciones individuales ejercitadas por los consumidores afectados.

La posibilidad de tal acumulación inicial de acciones viene fundamentada en una conexidad fáctica y jurídica entre las mismas, y aconsejada por razones de economía y en la evitación de posible sentencias que de alguna manera pudieran resultar contradictorias, dada la comunes circunstancias que concurren en los distintos supuestos planteados.

La ley de Enjuiciamiento Civil establece, para que pueda darse esa inicial acumulación "que entre esas acciones exista un nexo común por razón del título o causa de pedir", (art. 72 LEC), lo que supone, de algún, apartarse de la más exigente regulación contenida en la LEC de 1881 que requería que nacieran de un mismo título o se fundasen en una misma causa de pedir (art. 156 LEC 1881).

Por otro lado, el legislador, con la intención, quizás, de clarificar la interpretación de los términos título y causa de pedir, establece que "se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se fundan en los mismos hechos" (art. 72.2 LEC).

Redacción, que si bien identifica conceptos –título y causa de pedir- sobre los que cabe hacer una diferencia (aun cuando ha habido autores que han considerado que son nombre distintos que encierran un mismo significado), y la identidad o conexión son cuestiones diferentes, sí permite una cierta clarificación en lo que supone el núcleo conceptual de la acumulación subjetiva de acciones, al referirlo a la fundamentación fáctica.

Si durante la vigencia de la anterior legislación procesal un importante sector doctrinal, y abundante jurisprudencia, identifico el término título con el documento o contrato del que derivan las pretensiones, y la noción de causa con el conjunto de hechos que individualizan y fundamentan la pretensión (Serra Domínguez, "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", RDPrc. Iberoam. 1971) o conjunto de hechos constitutivos en cuanto que captados por determinada norma jurídica (Prieto Castro, Derecho Procesal Civil, vol. 1, 1972), no dejó de ser una cuestión debatida, en las que se oponían las clásicas teorías de las sustanciación y la individualización. Hoy, además de esos supuestos en los que los hechos son sustancial-

mente iguales, cabe sostener que existen otros en los que concurren vínculos con la trascendencia suficiente que admiten la tramitación conjunta y la sentencia única que se pronuncie sobre todas esas acciones acumuladas.

ADICAE sostiene que la conexión entre las prácticas y cláusulas hacia los consumidores es evidente en los grandes fraudes financieros.

Aun cuando en algunos casos el sustento legal de las acciones individuales no es la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, sino que fundamentan en disposiciones generales sobre validez de los contratos (1261 y ss. del Código Civil; y las normas reguladoras de la nulidad contractual, artículos 1300 y ss. del Código Civil), y ello haya servido para afirmar que las pretensiones de nulidad sobre vicios del consentimiento exige una consideración y tratamiento individualizado de cada caso en particular, que excluye ese ejercicio acumulado (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, de 29 noviembre de 2013); no podemos compartir tal conclusión. La comercialización de ese tipo de productos se realiza, de ordinario, de manera muy similar, y las suscripción de los mismos responde a decisiones individuales que tienen como base la prestación de un consentimiento basado más en la confianza en quien los ofrece (la entidad y la persona concreta que actúa como comercial), que en la génesis lógica de la contratación, con tratos y negociaciones individuales, y un conocimiento real, preciso y necesario sobre las características de los productos contratados. Esa decisión, no precedida de la información necesaria para decidir si realmente le conviene y quiere lo que está contratando, y prestar así un consentimiento válido, es la característica de comercialización a que se refieren todas la acciones individuales, constituyendo el nexo común que posibilita y justifica el ejercicio acumulado en una misma demanda de todas ellas, con la consecuencia de discutirse en un único procedimiento y resolverse en una sola sentencia. Característica en la comercialización que también pude enlazarse con la publicidad específica y concreta se haga del producto en cuestión, lo que permitiría, aunque de un modo más forzado, poner en relación el consentimiento dado con la publicita engañosa realizada.

Además, la categoría del consumidor contratante es en todos los casos la de un cliente minorista, sin las experiencia, conocimientos y cualificación necesaria para valorar correctamente los riesgos y tomar sus propias decisión de inversión; y la petición que formulan todos ellos es la misma: nulidad del contrato.

Por otro lado, aunque sea una sola sentencia la que formalmente se dicte, las diversas acciones conserven una independencia material y su autonomía valorativa, lo que no impediría un pronunciamiento distintos para alguna de ellas, si del resultado de la actividad probatoria se concluyese que procede esa disociación del fallo. No existe, necesariamente, una comunidad de suerte de todos los perjudicados que actúan conjuntamente, como no existe en otros supuestos en los que habitualmente se plantean esas demandas de

varias contra uno, pudiendo darse elementos de individualización a la vista de la actividad probatoria.

Pretender que cada uno de los consumidores inste su propia tutela individual en un procedimiento distinto, además de dificultar ese acceso a la justicia del consumidor, supone un mayor tiempo, esfuerzo y costes que casa muy mal no sólo con el alto nivel de protección a los consumidores, sino con la idea de efectividad de la administración de justicia. A su vez, supone desconocer que los conflictos relacionados con el consumo adquieren, cada vez más, una dimensión colectiva, y la importancia, cada día mayor, que se otorga a la protección de los consumidores, que implica la necesidad de facilitar el ejercicio de sus derechos.

No estamos, en los casos que aquí se plantean, ante conflictos de puros intereses individuales derivados de relaciones contractuales que quepa analizar solo aisladamente; sino que la relaciones materiales de

"Pretender que cada consumidor acuda de uno en uno, perjudica su acceso a la justicia y la idea de efectividad de dicha administración".

la que derivan los conflictos existentes se enmarcan en un actuar común en las prácticas comercializadoras, con elementos coincidentes, que permite y aconseja evitar una dispersión de procedimientos. Fragmentar el debate procesal puede dar lugar a que situaciones iguales o muy semejantes la respuesta judicial sea radicalmente distinta.

La necesidad de esa encontrar la solución más favorable a esa efectividad de los derechos, y el logro del objetivo señalado de protección elevada al consumidor no parece compatible con la interpretación de que la acciones de los consumidores deban ejercitarse de manera individual, excluyendo el ejercicio conjunto de las mismas al considerar que "éstas no se fundan en los mismo hechos en el sentido del artículo 72 de la LEC, por lo que no existe un nexo suficiente para justificar la pretendida acumulación" (Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Coruña, P.O. 434/2012-R, de 29 noviembre 2013).

Además, desde el punto de vista judicial, no sólo puede considerarse un esfuerzo razonable enjuiciar conjuntamente todas las acciones, sino que lo que no podría admitirse, en ningún caso, es que cuestiones totalmente ajenas a la tutela que debe dispensarse a los ciudadanos viniesen a influir en la decisión sobre la acumulación planteada. Señalaba el profesor hace algunos años que "con frecuencia media docena de procesos podrían acumularse en uno solo, es decir, reconducirse a unos autos únicos –en razón a las conexiones que entre ellos median previstas por la ley– para tramitarse juntos y decidirse en una sola sentencia. Y, sin embargo, los jueces no gustan de una simplificación tan lógica de su trabajo, movidos en parte por un interés poco honorable: estando obligados a cumplir un módulo prefijado (...) y cobrando un complemento de productividad por sentencia, mucho les interesa dictar el mayor número posible de ellas aunque sea un trabajo inútil" (Nieto, 2004, El desgobierno Judicial, p. 42). Nos cuesta pensar que la razón pueda

ser ésa, pero es cierto que el sistema de retribución variable ha hecho despertar esas sospechas recogidas en algún trabajo doctrinal (Doménech Pascual, 2008, La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones).

No estamos, en los casos que aquí se plantean, ante conflictos de puros intereses individuales derivados de relaciones contractuales que quepa analizar solo aisladamente; sino que la relaciones materiales de la que derivan los conflictos existentes se enmarcan en un actuar común en las prácticas comercializadoras, con elementos coincidentes, que permite y aconseja evitar una dispersión de procedimientos. Fragmentar el debate procesal puede dar lugar a que situaciones iguales o muy semejantes la respuesta judicial sea radicalmente distinta.

La necesidad de esa encontrar la solución más favorable a esa efectividad de los derechos, y el logro del objetivo señalado de protección elevada al consumidor no parece compatible con la interpretación de que la acciones de los consumidores deban ejercitarse de manera individual, excluyendo el ejercicio conjunto de las mismas al considerar que "éstas no se fundan en los mismo hechos en el sentido del artículo 72 de la LEC, por lo que no existe un nexo suficiente para justificar la pretendida acumulación" (Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Coruña, P.O. 434/2012-R, de 29 noviembre 2013).

Además, desde el punto de vista judicial, no sólo puede considerarse un esfuerzo razonable enjuiciar conjuntamente todas las acciones, sino que lo que no podría admitirse, en ningún caso, es que cuestiones totalmente ajenas a la tutela que debe dispensarse a los ciudadanos viniesen a influir en la decisión sobre la acumulación planteada. Señalaba el profesor hace algunos años que "con frecuencia media docena de procesos podrían acumularse en uno solo, es decir, reconducirse a unos autos únicos –en razón a las conexiones que entre ellos median previstas por la ley– para tramitarse juntos y decidirse en una sola sentencia. Y, sin embargo, los jueces no gustan de una simplificación tan lógica de su trabajo, movidos en parte por un interés poco honorable: estando obligados a cumplir un módulo prefijado (...) y cobrando un complemento de productividad por sentencia, mucho les interesa dictar el mayor número posible de ellas aunque sea un trabajo inútil" (Nieto, 2004, El desgobierno Judicial, p. 42). Nos cuesta pensar que la razón pueda ser ésa, pero es cierto que el sistema de retribución variable ha hecho despertar esas sospechas recogidas en algún trabajo doctrinal (Doménech Pascual, 2008, La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones).

De manera que, fundándose las acciones en hechos comunes, muy parecidos o semejantes, (aun cuando pueda haber concretas situaciones que varíen de un caso a otro), debe entenderse que encuentra acogida su acumulación por vía del artículo 72 de la LEC, porque la interpretación menos dogmática o formalista es la que consideramos que mejor encaja con la realidad social del tiempo en que es aplicada. Si consideramos que la norma, en su interpretación, brinda

diferentes alternativas para resolver los casos concretos estudiados, una adecuada ponderación de derechos e intereses nos hace inclinar por la que consideramos más próxima a los concepto de justicia y equidad, otorgando de este modo un mayor de legitimidad social a la respuesta judicial que admite un análisis común de todos los casos presentados. Obligar a cada uno de ellos a litigar por separado, supone que tengan que asumir unos costes de procedimiento que pueden hacerse llegar, incluso, a abandonar la idea de reclamar, con lo que ello implica de denegación de justicia.

La solución contraria, aunque no la califiquemos de incorrecta, si que entendemos que es, cuando menos, inconveniente; pues el impacto real de la solución minimiza los estándares de protección más deseados. La búsqueda del sentido de la norma, no sólo desde criterios técnico-procesales, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico positivo y en los sustratos ideológicos que marcan la política legislativa de protección al consumidor en los distintos ámbitos hacen que la conclusión sea la de entender que existe cobertura legal para admitir la acumulación subjetiva de acciones, y que esta interpretación resulta la más conforme con la adaptación del tradicional enfoque procesal de los conflictos de carácter dualista a los más actuales de los conflictos en masa.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El examen de la cuestiones tratadas no se ha realizado, considerando únicamente las reglas generales sobre acumulación, en su interpretación literal, que no ampararían por si solas las soluciones apuntadas, sino considerando el principio comunitario de elevado nivel de protección de los consumidores, interpretando con amplitud las posibilidades que las leyes procesales establecen para permitir ese acceso a la justicia con el menor coste y la eficacia del derecho de tutela efectiva.

SEGUNDA.- Respecto de la posibilidad de acumulación objetivo-subjetiva de acciones (acciones de cesación y acciones individuales), la opción de plantear y resolver las acciones acumuladas en un único procedimiento, aun cuando sea menos estricta con la dicción legislativa, sí tiene en cuenta otros principios y exigencias constitucionales que deben ser considerados. La inadecuación de procedimiento ha de ser interpretada restrictivamente, para permitir que reclamaciones que son en esencia cercanas y se refieren a hechos que admiten un enjuiciamiento conjunto puedan ser resueltas de manera acumulada, siempre que con ello no se mermen las garantías procesales ni se trate de actuar fraudulentamente; y las demandas, tal como han sido presentadas por ADICAE, no tratan de hacer un uso desviado de la figura jurídica-procesal de la acumulación de acciones, o una acumulación arbitraria, sino que obedece a ese propósito que la propia ley contempla de que la tutela de los derechos de los consumidores se realice en un solo proceso.

TERCERA.- En cuanto a la acumulación subjetiva de acciones, entendemos que las acciones se fundan en hechos comunes, muy parecidos o semejantes, (aun cuando pueda haber concretas situaciones que varíen de un caso a otro), por lo que debe entenderse que encuentra acogida su acumulación por vía del artículo 72 de la LEC. Aun cuando la norma, en su interpretación, brinda diferentes alternativas para resolver los casos concretos estudiados, una adecuada ponderación de derechos e intereses nos hace inclinar por la que consideramos más próxima a los concepto de justicia y equidad, otorgando de este modo un mayor de legitimidad social a la respuesta judicial que admite un análisis común de todos los casos presentados. Obligar a cada uno de ellos a litigar por separado, supone que tengan que asumir unos costes de procedimiento que pueden hacer llegar, incluso, a abandonar la idea de litigar.

La desagregación en una multiplicidad de procesos considero que resulta desproporcionada y contraria a lo que debe considerarse una efectiva tutela jurídica

ANEXO I

Modelo comparado en la acción colectiva en países extranjeros. Atención especial a países de la UE

El panorama que presentan las diversas legislaciones nacionales de los Estados integrantes de la UE, ante la indeterminación de las exigencias del Derecho derivado de la UE en relación con los mecanismos de tutelar procesal que han de implementar aquéllos para garantizar la existencia y eficacia de un sistema de tutela colectiva es tan dispar como se puede derivar de la toma en consideración de las respuestas dadas a la tutela colectiva de derechos e intereses legítimos de un determinado grupo de sujetos afectados (en particular, los consumidores y usuarios) en los siguientes Derechos nacionales:

Alemania.

Breve resumen: Aunque en Alemania existe la acción colectiva, ésta no lleva aparejada la pretensión indemnizatoria. Para daños masivos, sí que se prevé acumular acciones y procesos.

En el Ordenamiento jurídico alemán contempla la legitimación activa de las asociaciones defensa de los intereses afectados («Verbandsklage») como formula para colectivizar pretensiones procesales y también las acciones de cesación («Unterlassungsansprüche») en los ámbitos del Derecho del consumo, condiciones generales de la contratación y en el Derecho de la competencia.

- En el Derecho procesal alemán se prevé un denominado proceso modelo («Musterverfahren») cuya eficacia de cosa juzgada s extiende únicamente a las partes del mismo, pero que puede hacerse extensivo con unos efectos semejantes a las previstas para el caso de los procedimientos promovidos por asociaciones de defensa de intereses colectivos.

- Sin embargo, el Derecho alemán no prevé acciones colectivas a través de las que se puedan ejercitar pretensiones indemnizatorias de daños masivos («Massenschäden») o dispersos («Streuschäden»). Esto es, no permite que la acción ejercitada por uno o por varios perjudicados dé lugar a una resolución cuya eficacia se extienda a los demás sujetos perjudicados por el mismo supuesto dañoso, de manera que cada daño o perjuicio que afecte a un determinado sujeto debe ser objeto de alegación y prueba independiente.

- Para los supuestos de daños masivos se prevé la posibilidad de la acumulación de acciones y de procesos, así como la creación de comunidades de intereses («Interessengemeinschaften») a las que pueden adherirse individualmente los damnificados, con el objeto de coordinar las reclamaciones.

Holanda.

Breve resumen: Influencias de las class actions de EEUU. Acción colectiva sin indemnizaciones. Acuerdos transaccionales que, homologados en sede judicial, vinculan a todos los afectados que no se opongan.

En el año 2005 entró en vigor la denominada Ley de acción colectiva en materia de daños en masa (Wet collectieve afwikkeling massachade [WCAM]) inspirada en la legislación de los EE.UU. (en particular, en el class settlement), que vino a completar el régimen de las acciones colectivas previstas en el CC holandés desde el año 1994 (arts. 305.a a 305.c), que consiste en una transacción colectiva con eficacia «ultra partes», y cuyas particularidades de mayor relevancia son las que siguen:

- A través de las acciones colectivas, para cuyo ejercicio se legitima activamente a las asociaciones y fundaciones que estatutariamente tengan encomendada la protección de los derechos e intereses afectados, no pueden obtenerse pronunciamientos de condena al pago de indemnizaciones pecuniarias como consecuencia de hechos dañoso que hayan perjudicado a una pluralidad de sujetos (art. 305.a.3 i y f del CC holandés), permitiéndose sólo pronunciamientos de condena de naturaleza inhibitoria o de cesación, sin perjuicio de que la jurisprudencia haya abierto la puerta a la posibilidad de realizar pronunciamientos de naturaleza declarativa y constitutiva.

- La WCAM de 2005 permite que los acuerdos transaccionales en materia de daños masivos alcanzados por las partes –la legitimación se reconoce a las asociaciones y fundaciones representativas de los derechos e intereses lesionados (con exclusión de la legitimación de los sujetos particulares dañados o cuyos derechos y/o intereses legítimos hayan resultado lesionados) y, por la otra parte, al sujeto responsable del daño- pueda elevarse, por medio de una petición conjunta de las partes, al Tribunal de Apelación de Ámsterdam para su aprobación, convirtiéndose entonces en vinculante para todos los sujetos que no se hayan opuesto en el plazo que se establezca a este efecto (sistema de que se adapta a la dinámica del «opt-out»)[72].

- Prevé la eficacia de la resolución del conflicto colectivo fuera del territorio del Estado (razón por la que Holanda es escogida como foro territorial de resolución de litigios colectivos).

Dinamarca.

Breve resumen: Acciones colectivas con inclusión de afectados si los daños o perjuicios son pequeños. El Ombudsman de consumo participa en este sistema y puede

[72] .- Precisamente la segunda de las ocasiones en las que se utilizó el sistema creado por la WCAM de 2005 está constituido por la aprobación, en el mes de enero del año 2007, de una transacción colectiva que alcanzó fuerza vinculante en el mes de agosto de ese mismo año. Se trataba del asunto «Dexia Bank», en el que se formuló una reclamación de daños y perjuicios por las pérdidas que habían padecido los inversores de la referida entidad bancaria (aproximadamente 400.000 inversores) a causa de la deficiente información facilitada en relación con un producto financiero comercializado por la misma y de sus riesgos. Del acuerdo se excluyeron unos 24.700 inversores.

solictar indemnizaciones que son bastante temidas por las empresas.

En enero de 2008 entró en vigor la norma que permite el ejercicio de acciones colectivas, siguiendo el modelo de inclusión «opt-in» en aquellos casos en los que se pueda presumir que las pretensiones no se ejercitarían judicialmente habida cuenta de la escasa cuantía que representan los daños o perjuicios padecidos individualmente (sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de que el Tribunal opte por la aplicación de las reglas de exclusión «opt-out», en cuyo caso la legitimación activa se restringe a determinadas autoridades públicas, entre las que se encuentra el Ombudsman de consumo).

- El Ombudsman de consumo tiene facultades de reparación colectiva desde la entrada en vigor, en enero de 2008, de la normativa aludida, al estar legitimado para solicitar órdenes judiciales colectivas frente a empresarios y comerciantes, en virtud de las que se les obligue a indemnizar a los consumidores y usuarios perjudicados.

  La falta de ejercicio de esta facultad radica en que las compañías empresariales danesas han negociado formas de indemnización y de reembolso con la finalidad de evitar sanciones administrativas y el daño a su reputación comercial que a las mismas se vincula.

- Las transacciones en el caso de acciones colectivas sólo son eficaces en el caso de aprobación judicial, debiendo los Tribunales aprobarlas (homologarlas) salvo en los casos en que aprecien que resultan manifiestamente injustas por algún motivo o discriminatorias para alguno de los integrantes del colectivo de sujetos afectados.

Suecia.

Breve resumen: Recoge las acciones colectivas con inclusión de particulares afectados

El sistema de acciones colectivas, en vigor desde enero del año 2003, se funda en el sistema de inclusión voluntaria de los particulares afectados («opt-in») y que, en su caso, el acuerdo transaccional al que pudiera llegarse sea homologado judicialmente, debiendo verificar el Tribunal que no resulta discriminatorio para alguno de los afectados y que tampoco resulta manifiestamente inadmisible por algún otro motivo.

Reino Unido.

Breve resumen: Sistema que facilita la demanda global. Se conforma el grupo a través de demandas individuales con idéntica base fáctica.

En el Derecho procesal inglés la tutela colectiva se articula a través de la «Global Litigation Order» (GLO). Se trata de una regla de litigación en grupo a través de la que se pretende facilitar la gestión de demandadas de este tipo. Cada miembro del

grupo afectado, previa consulta del MPAIS («Servicio de información de acción de pluralidad de partes»), debe haberse adherido (sistema «opt-in») presentando una demanda individual para propiciar su entrada en el grupo. El Tribunal sólo concederá la GLO en el caso de que todas las demandadas formalizadas tienen una base fáctica idéntica y no existe otro proceso en tramitación que pudiera llevar el caso de manera más adecuadas, estando obligados los actores a considerar si el caso podría ser resuelto de manera más adecuada a través del ejercicio de una «acción representativa».

- A partir del año 2010, la Financial Services and Markets Act incorporó, en su Secc. 404 incorporó la función de promover la reparación colectiva a la Autoridad de Servicios Financieros, fundada en el principio de justicia restitutiva y que prioriza la restitución, la disciplina (mediante la previsión de sanciones para los infractores) y la disuasión, en este orden.

Portugal.

Breve resumen: Acción colectiva en sentido amplio y además especial aplicación en servicios financieros. Se permite reclamar indemnización a los que se incluyan en el procedimiento y llamamiento a consumidores no incorporados.

La Ley 83/1995, de 31 de agosto, sobre el derecho de participación procedimental y de acción popular, vino a completar algunas previsiones especiales sobre mecanismos de tutela colectiva en determinados sectores, como acontece en el ámbito de las condiciones generales de la contratación (Decreto-Ley 446/1985, de 25 de octubre), defensa de los consumidores (Ley 24/1996, de 22 de agosto), inversores en productos financieros (Decreto-Ley 486/1999, de 13 de noviembre), medio ambiente (Ley 11/1987, de 7 de abril) o la protección del patrimonio cultural (Ley 107/2001, de 8 de septiembre). En la acción popular civil se admiten tanto pretensiones de naturaleza inhibitoria, como de naturaleza resarcitoria de daños y perjuicios padecidos por una pluralidad de sujetos. La legitimación activa para su ejercicio se atribuye a todo particular afectado, a las asociaciones y fundaciones encargadas de la defensa de los intereses que hayan resultado afectados, así como a ciertos organismos públicos. En cuanto al ámbito subjetivo del proceso, se prevé un sistema de «opt-out», debiendo darse publicidad a la interposición de la demanda para que los interesados puedan adherirse en el plazo que fije el Tribunal. La sentencia que se dicte en el procedimiento en que se ventile la acción colectiva tiene eficacia «erga omnes», excluyéndose la eficacia de la cosa juzgada respecto de los sujetos que se hayan excluido expresamente, así como en los casos en los que la desestimación de la demande se funde en la insuficiencia de las pruebas aportadas al procedimiento y en aquellos en los que así lo argumente y decida expresamente el Tribunal (supuestos, v.gr., de fraude, prácticas colusorias, actuaciones perjudiciales para los intereses del colectivo representado, etc.).

Italia.

Breve Resumen: Diferencia entre acciones de cesación y resarcitorias. Las resarcitorias sólo afectan a los incluídos en las demandas. Fase previa de admisión de la demanda. Motivos tasados.

El Codice del consumo (Decreto Legislativo núm. 206, de 6 de septiembre de 2005), en el que se refunde la normativa de protección de los consumidores y usuarios, regula de manera separada las acciones de cesación e inhibitorias (art. 140) y las acciones colectivas resarcitorias (art. 140.bis, incorporado, en su redacción inicial y que no llegó a entrar en vigor, en virtud del art. 2.446 de la Ley núm. 244, de 24 de diciembre de 2007; siendo la redacción vigente fruto del art. 49 de la Ley núm. 99 de 23 de julio de 2009). Las primeras tienen su origen precisamente en las normas de transposición de la Directiva 98/27/CE, legitimándose activamente a las asociaciones de consumidores y usuarios y previéndose la posibilidad de que tanto éstas, como el empresario demandado, insten un procedimiento de conciliación, con suspensión del procedimiento judicial por plazo máximo de sesenta días. En cuanto a las acciones colectivas indemnizatorias o resarcitorias, se atribuye la legitimación activa a cualquier sujeto que haya resultado perjudicado por una conducta lesiva de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, así como a la asociación o entidad en la que éste participe.

- Resulta difícil pensar que un consumidor o usuarios individual, dañado o perjudicado en una suma de escasa cuantía, actúe individualmente iniciando un procedimiento judicial, mediante el ejercicio de la correlativa acción legal frente a una entidad mercantil. Para la determinación del colectivo que va a resultar afectado por el procedimiento, se contempla un sistema de inclusión del tipo «opt-in», de manera que se requiere la adhesión expresa de los consumidores que pretendan quedar afectados por el pronunciamiento de la sentencia que se pronuncie (para lo que no se exigen especiales requisitos de asistencia letrada). Sin embargo, las eventuales transacciones a las que se llegue no afectan a los derechos de los consumidores que se hayan adherido y que no presten expresamente su consentimiento, en tanto que la adhesión a la acción colectiva no atribuye al actor la facultad de vincular, mediante pactos o acuerdos transaccionales, a los consumidores o usuarios que le hayan conferido poder para litigar en su beneficio. En cuanto al objeto de la acción colectiva indemnizatoria, el segundo párrafo del art. 140.bis del Codice del consumo enumera tres supuestos que permiten su ejercicio: el daño derivado de un contrato, el daño derivado de un producto de consumo y el daño que podemos definir como «antitrust».

- En el primer caso (letra a), la tutela se individualiza por los derechos contractuales de una pluralidad de consumidores y usuarios que se os-

tentan frente a una misma empresa en situaciones idénticas, incluidos los derechos relativos a los contratos estipulados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1341 y 1342 del Codice civile» (que regulan las condiciones generales de los contratos y los contratos formalizados mediante formularios). Se trata de una previsión que da lugar a diversas interpretaciones, en particular en cuanto a la interpretación del adjetivo «idéntica», que puede originar o permitir una aplicación extraordinariamente restrictiva de la acción colectiva, resultando también criticable la utilización del término «empresa» en vez de la generalmente utilizada en el Codice civile que es la de profesional. En virtud de estas acciones colectivas de naturaleza indemnizatoria se tutelan también los derechos de los consumidores finales de un determinado producto, frente al productor, aun en el caso de ausencia de relación contractual entre ambos (se trata de supuestos de responsabilidad civil del productor propios de la regulación de daños ocasionados por productos de consumo); así como los derechos, idénticos, a la restauración del perjuicio causado a los consumidores y usuarios por prácticas comerciales desleales y por comportamientos anticoncurrenciales.

- En cuanto al procedimiento, el legislador italiano ha diseñado expresamente una fase preliminar en la que el Tribunal ha de decidir sobre la admisibilidad de la demanda ejercitando la acción colectiva idemnizatoria, precisando cuatro supuestos en los que se ha de declarar la inadmisibidad: supuestos de demandas manifiestamente infundadas; supuestos en los que concurra un conflicto de intereses; cuando el Tribunal no aprecie la concurrencia del presupuesto de la «identidad» de los derechos individuales tutelados a través de la acción colectiva; así como cuando el sujeto proponente no aparece como adecuado para la tutela de los intereses de la clase (ni siquiera se excluye de esta valoración a las asociaciones de consumidores inscritas en el CNCU y que han sido consideradas por el Ministerio, como asociaciones representativas). Obvio resulta que esta última hipótesis presenta notables dificultades interpretativas, atribuyendo al Tribunal una amplia discrecionalidad en su valoración. Declarada la admisión de la demanda, el Tribunal dispondrá la publicidad instada por el actor y considerada necesaria para que se puedan adherir los consumidores y usuarios afectados. La sentencia que pone fin al procedimiento se califica como una sentencia de condena, con liquidación de los daños y perjuicios indemnizables a los consumidores o usuarios adheridos al procedimiento colectivo; sin perjuicio de que se admita expresamente también, aunque se reviste de una carácter excepcional,

la posibilidad de que simplemente fije un procedimiento homogéneo para el cálculo de las referidas indemnizaciones de daños y perjuicios (aunque el riesgo cierto parece que es que la posibilidad diseñada como excepcional se convierta en la regla general que obligue a los consumidores y usuarios a ejercitar acciones individuales para la liquidación de los daños y perjuicios en un nuevo procedimiento complementario de aquél en el que se ha ventilado la acción colectiva).

Francia.

Breve resumen: Permite la reparación de daños causados por un mismo hecho. Cada consumidor debe dar mandato por escrito. No se permite en la acción penal.

El art. 421-1 del Code de la consommation prescribe que las asociaciones de consumidores declaradas como tales, que tengan como objeto estatutario explícito, la defensa de los intereses de los consumidores pueden ejercitar, en los órdenes jurisdiccionales civil o penal, los derechos reconocidos a los consumidores en los casos de hechos que causen un daño, directo o indirecto, al interés colectivo de los consumidores. La Cour de cassation, la acción civil ejercitada por las asociaciones de consumidores es una acción de reparación de daños causados por una infracción, debiendo acreditar la asociación actora el carácter ilícito de la conducta del empresario o profesional demandado al que se imputa el daño.

- La denominada «action en représentation conjointe» fue introducida por la Leu núm. 92-60, de 18 de enero de 1992, en los arts. 422-1 a 422-3 del Code de la consommation. Esta acción puede ejercitarse si concurren los siguientes presupuestos: 1º) Existencia de una pluralidad de consumidores, personas físicas, identificadas, que hayan sido víctimas de un perjuicio personal (patrimonial o moral), causado por un mismo empresario o profesional. 2º) El daño o perjuicio sufrido por cada consumidor debe tener su origen en un mismo hecho imputable a un mismo empresario o profesional. 3º) El sujeto que ejercita la acción, como mandatario de los consumidores perjudicados, sólo puede ser una asociación de consumidores que cumpla los requisitos del art. 421-1 del Code de la consommation. 4º) El mandato a favor de la asociación de consumidores ha de conferirse por escrito por cada consumidor, debiendo mencionar su objeto, así como la atribución de representación para realizar, en nombre del consumidor, todas las actuaciones procesales que resulten necesarias. El Code de la consommation prohíbe el ejercicio de esta acción en la jurisdicción penal, siendo posible en los demás órdenes jurisdiccionales. La asociación de consumidores que ejercite la acción debe informar, sin retraso, a los consumidores mandantes de las decisiones adoptadas por el Tribunal y, en particular, para permitirles la interposición, tempestiva, de los recursos que resulten procedentes.

La acción colectiva en países no pertenecientes a la UE.

Fuera de los Estados integrantes de la U.E., en Noruega la normativa de acciones colectivas entró en vigor en el mes de enero del año 2008, con un ámbito material amplio, en el que se incluye la tutela de los derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios, legitimándose activamente a cualquier particular que forme parte del grupo de sujetos perjudicados por el hecho dañoso en el que se funda la demanda, sin perjuicio de la legitimación activa que también se reconoce a organizaciones representativas de los sujetos titulares de intereses afectados. Con carácter general se opta por un modelo de acción colectiva fundada en el sistema «opt-in», sin perjuicio de que el Tribunal pueda configurar el sistema como «opt-out» en aquellos casos en los que el importe de las pretensiones sea tan reducido que permita presumir que no se ejercitarían judicialmente y, además, que no se plantearían cuestiones que requieran un análisis y tratamiento individualizado. En el Derecho suizo se rechaza el modelo de las «class action», considerándose en la Comunicación del «Conséil Fédéral» FF 2006/6901 que los mecanismos procesales europeos para tutelar las acciones pluriindividuales son suficientes, siendo ajenas a la tradición jurídica europea las acciones colectivas, al tiempo que el modelo norteamericano ha sido objeto de un uso abusivo, haciéndose acreedor de relevantes autocríticas, como las provenientes de la toma en consideración de las enormes sumas de dinero que suelen implicar, obligando, en ocasiones, a ceder ante lo que se conoce como «legal blackmail»[73].

Parece pues generalizado en los Derechos europeos el rechazo al modelo norteamericano de las «class action», admitiéndose otros sistemas de tutela de derechos e intereses de un determinado colectivo a través de los que se trata de facilitar la tramitación de los procedimientos con una pluralidad de sujetos afectados, como los «procesos modelo» o «procesos tipo», con la finalidad de evitar una pluralidad de procedimientos con el mismo objeto y la posibilidad de resoluciones contradictorias, previéndose la suspensión de los procesos pendientes con un objeto procesal conexo, hasta en tanto no se dicte sentencia en el proceso modelo, vinculando a los sujetos que hayan presentado las distintas demandas en virtud de las que se incoaron los otros procedimientos.

---

[73] .- in embargo, en el Derecho francés, en el que la introducción de una acción de grupo inspirada en el sistema de las «class action» y en el denominado «recours collectif» del Derecho de Québec, está siendo objeto de reflexión, fundamentalmente tras el discurso del Presidente de la República de enero del año 2005 y especialmente con ocasión de la presentación de la denominada «propuesta Béteille» de 22 de diciembre de 2010, autores como P.-Cl. Lafond rechaza los argumentos generalmente utilizados para oponerse a la introducción de aquel tipo de acciones colectivas y constituidos, en esencia, por la afirmación de que supondrían un incremento de la litigiosidad y permitirían acciones chantajistas dirigidas frente a empresarios y profesionales. Vid. Lafond, P.-Cl.: «Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs», Ed. Thémis, Montreal, 1996.

ANEXO II

Análisis sobre la validez y eficacia del arbitraje en el caso de las preferentes

El arbitraje de consumo como mecanismo de resolución de las controversias sobre adquisición de participaciones y deuda subordinada

Maria Dolores Gramunt Fombuena

Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. Presidenta de la Junta arbitral de Consumo de Catalunya

1. Introducción

No desvelamos nada nuevo si comenzamos este estudio afirmando que la proyección pública del problema provocado por la comercialización de participaciones preferentes y deuda subordinado ha significado, al mismo tiempo, la proyección mediática del arbitraje de consumo.

El arbitraje de consumo, poco conocido hasta ahora por la mayoría de la población, se ha situado en el punto de mira de los ciudadanos, dado que su presencia en los medios de comunicación lo ha convertido en centro y objeto de debate constante, y no siempre tratado con el rigor que debiera desde un punto de vista técnico jurídico.

Es preciso tener una idea clara de lo que es el arbitraje de consumo, en tanto que especialidad del arbitraje general y su régimen jurídico, a la par que conocer en profundidad el proceso que ha conducido a que las entidades financieras intervenidas por el Estado hayan acabado dirimiendo buena parte de las controversias generadas por la comercialización de productos híbridos de inversión a través del arbitraje de consumo. Para ello comenzaremos por referirnos, en primer lugar, al contexto jurídico-temporal y luego analizaremos el proceso arbitral en esta materia.

2. Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera

Con carácter previo a la recepción del capital necesario para inyectar liquidez a determinadas el sector bancario, se firma-

ron entre España y la Comisión Europea dos documentos: el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera (hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012) y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera (hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio), publicados ambos en el BOE de 10 de diciembre de 2012. En la introducción del Memorando, se recuerda que el Gobierno español solicitó asistencia financiera externa (concretamente el 25 de junio de 2012), en el contexto del proceso en curso de reestructuración y recapitalización de su sector bancario. Esta situación se produce como consecuencia de la pérdida de los bancos españoles (con excepciones) del acceso en condiciones favorables a los mercados mayoristas de financiación.

En el Memorando se traza el plan a seguir para lograr el objetivo de restablecer y fortalecer la solidez de los bancos españoles, para lo cual se ha de proceder a recapitalizar, reestructurar y/o resolver, para el caso de aquellos bancos que resulten no viables. Es en el marco de esta planificación donde se produce un punto de inflexión en la evolución de los instrumentos híbridos de inversión.

En este sentido, debemos tener en cuenta que, bajo la rúbrica *Reparto de la carga*, los puntos 17, 18 y 19 del Memorando establecen que, a fin de aligerar la carga para el contribuyente de la reestructuración bancaria, "*Tras asignar pérdidas a los accionistas, las autoridades españolas exigirán la aplicación de medidas para repartir la carga entre los titulares de capital híbrido y los de deuda subordinada de los bancos que reciban ayuda pública, mediante la introducción de ejercicios voluntarios y, en su caso, obligatorios de responsabilidad subordinada. Los bancos que no precisen ayuda estatal estarán exentos de cualquier ejercicio obligatorio de esta naturaleza*" (punto 17). A este efecto, el Gobierno de España debía aprobar las normas que garantizarían la eficacia de los ejercicios de responsabilidad subordinada, para el caso de no lograrse el reparto de la carga exigido, de manera voluntaria. *Dichas modificaciones deberán incluir disposiciones que contemplen la plena participación en tales ejercicios de los titulares de instrumentos de capital híbrido y de deuda subordinada* (punto 18). En cumplimiento de este mandato, el Gobierno aprobó el Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, que posteriormente dio origen a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En dicho RD Ley, y posteriormente en la Ley 9/2012 (art. 39 y ss), se da cumplimiento a la demanda contenida en el punto 19 del Memorando, que exigía a los bancos con déficit de capital que precisaran ayuda pública la introducción de "*ejercicios de responsabilidad subordinada sobre la base del marco jurídico revisado y de conformidad con las normas en materia de ayuda estatal, convirtiendo el capital híbrido y la deuda subordinada en recursos propios con ocasión de la inyección de capital público o mediante recompra con descuentos considerables. Para los bancos del Grupo 3 esta norma será de aplicación el 30 de junio de 2013, si aún están recibiendo fondos públicos. En el caso de los bancos no viables, deberán aplicarse de forma plena los ejercicios de responsabilidad subordinada a fin de minimizar la carga para el contribuyente. Todo déficit de capital que tenga su origen*

en cuestiones relacionadas con la aplicación de tales ejercicios no será cubierto por la asistencia prestada por la FEEF".

Las entidades bancarias no intervenidas habían realizado propuestas de reinversión a sus clientes, ofreciéndoles la posibilidad de canjes en acciones y recuperación parcial de la inversión efectuada, con resultados más o menos satisfactorios para su clientela, sin escapar, de todos modos, a las demandas judiciales en mayor o menor medida. No obstante, las entidades intervenidas no podían ya adoptar decisiones autónomas de carácter transaccional con su clientela. Por otra parte, algunos de dichos inversores habían ya iniciado procedimientos judiciales con la finalidad de impugnar los contratos celebrados con sus entidades bancarias para la adquisición de participaciones preferentes y/o deuda subordinada, con diversidad de resultados pero en su mayoría favorables a los clientes de las entidades.

En efecto, desde la aprobación del Memorando, la única posibilidad que tenían los clientes de recuperar sin pérdidas el capital invertido consistía en obtener una sentencia declarativa de la nulidad del contrato celebrado, o bien, una que condenara a la entidad bancaria a satisfacer una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados fruto del incumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión realizada por el cliente, cuando ello fuese procedente en función del contrato concluido.

Ante el alud de demandas judiciales que se preveía que iban a presentarse dado el importante número de afectados por los bancos y cajas intervenidos, se planteó la posibilidad de admitir también la vía del arbitraje de consumo, dado que en muchos de los casos el contrato era incardinable dentro de la noción de relación de consumo, entendida esta como la que se establece cuando una de las partes del contrato es una empresa o profesional y la otra un consumidor, definido tal y como lo hace el art. 3 del TRLGCU (RD Legislativo. 1/2007, de 16 de noviembre).

Es así como se inician los primeros arbitrajes a través de la Junta Arbitral de Consumo de Galicia, en el mes de septiembre de 2012, posteriormente seguidos por la Junta Arbitral de Consumo de Catalunya y finalmente a través de la Junta Nacional de Consumo.

Es sobradamente conocida la polémica suscitada en los medios de comunicación por afectados, políticos, asociaciones de consumidores, periodistas, abogados.... con relación al alcance de dicho arbitraje, en algunas ocasiones manifestando un profundo desconocimiento del sistema arbitral en general y del de consumo en particular. En otras, al contrario, realizando una cuidadosa valoración del sistema con un análisis ajustado de sus pros y sus contras con respecto a la vía judicial. Es por ello que se hace preciso ahora efectuar una reflexión en torno a las características del arbitraje de consumo, a la par que destacar aquellas especialidades que han marcado el desarrollo del mismo en el caso concreto que ahora nos ocupa.

3. La voluntariedad como base del arbitraje

Establece el artículo 24.1 de la Constitución española que "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de*

los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Dicho precepto se sitúa entre los derechos fundamentales que la Carta Magna reconoce a todos los ciudadanos. En aras a la preservación de dicho derecho, el Tribunal Constitucional tiene declarado que la tutela judicial efectiva únicamente puede ser dispensada por los jueces y tribunales que son quienes tienen encomendada el desarrollo de la función jurisdiccional. Es por ello, y como consecuencia necesaria, que la sumisión de una controversia a la decisión de uno o varios árbitros solo es posible si las partes voluntariamente así lo acuerdan.

Parece bastante evidente que voluntariedad es opuesto a obligatoriedad. Precisamente con ocasión de esta contraposición tuvo la oportunidad el Tribunal Constitucional dictó las sentencias 174/1995, de 23 de noviembre y 352/2006, de 14 de diciembre, ambas relativas a la validez del art. 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

En la redacción inicial del referido art. 38, en concreto en su punto 2, se establecía que "*Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expresado en contrario. En las controversias cuya cuantía exceda de 500.000 pesetas, las partes contratantes podrán pactar expresamente el sometimiento al arbitraje de las Juntas de los conflictos surgidos en el cumplimiento de los referidos contratos de transporte*". Esta norma fue considerada inconstitucional por atentar directamente contra lo establecido en el art. 24 CE. Concretamente el TC argumentó al respecto –y en contra de los argumentos esgrimidos tanto por el Abogado del Estado como por el Fiscal General del Estado– que si bien entendía la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para descargar a los órganos judiciales, del trabajo que sobre ellos pesa, y obtener una mayor agilidad a la, solución de las controversias, al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, "*establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*»". Por otra parte, afirmaba el TC que "*La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta, que es lo que hace el párrafo primero del artículo 38.2*". En consecuencia, el TC declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2 en su redacción original.

Mediante Ley 13/1996, de 30 de diciembre, el art. 38, ahora en su punto 1, quedó redactado como sigue: "*Se presumirá que existe el referido acuerdo de*

sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado". Impugnada nuevamente dicha redacción por entender que aun así se vulneraba el art. 24 CE, en esta ocasión el TC, en la sentencia 352/2006, de 14 de diciembre, consideró la redacción ajustada al texto constitucional dado que la mera declaración unilateral de una de las partes de no desear sujetarse al arbitraje, dejaba libre y expedita la vía judicial, de manera que se respetaba el derecho a la tutela judicial efectiva. En la actualidad, dicho precepto mantiene la misma redacción, si bien la cuantía ha aumentado a 15.000€ en virtud de la modificación operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio.

Así pues, no ofrece duda alguna la necesidad de que ambas partes de la relación controvertida manifiesten su voluntad de someter la resolución de sus controversias a un arbitraje. Así lo expresa la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su art. 9.1 ("*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*") y lo reitera el art. 24.1 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo, las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo*").

Hemos considerado que era obligado referirse a la voluntariedad del arbitraje dado que ha sido constante la crítica al sistema arbitral por no haber hecho posible que todos los ciudadanos que se han considerado afectados por una defectuosa comercialización de las participaciones preferentes acudieran al arbitraje. No ha sido posible porque el art. 24 CE, y la interpretación que del mismo ya ha efectuado en dos ocasiones el TC, lo impide. No han sido las Juntas Arbitrales las que no lo han permitido, sino quien tenía la potestad de decidir si se adoptaba la vía arbitral como mecanismo para la resolución de las controversias.

Ni en este ni en ningún otro caso, se puede imponer ni a los consumidores ni a las empresas la obligación de resolver sus conflictos a través del arbitraje de consumo. Con relación a los consumidores, debemos recordar que el art. 90.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios –LGDCU– considera que es abusiva toda cláusula

de sumisión a arbitraje distinto del de consumo u otro institucional creados por normas legales para un sector o un supuesto, contenida en un contrato de adhesión en previsión de controversias futuras. Y ello porque es el propio consumidor quien tiene en su mano la posibilidad de iniciar el procedimiento arbitral y no la empresa.

Con respecto a las empresas, es sabido que disponen de dos vías para aceptar la sumisión al arbitraje de consumo: la de la oferta pública de adhesión (art. 25 RD 231/2008), en cuyo caso la voluntad unilateral de la empresa es *per se* fuente de obligaciones; y la de la aceptación *ad hoc*, esto es, caso por caso en ejercicio de su autonomía de la voluntad y a su conveniencia, de modo que si no acepta el arbitraje solicitado por el consumidor, no se perfecciona el convenio arbitral (art. 37.3 b) RD 231/2008). Y aún en el caso de la oferta pública de adhesión puede realizarse sin limitación alguna o con aquellas limitaciones que estime convenientes, siempre que sean admisibles en derecho, dado que la Comisión de Juntas Arbitrales de Consumo ha de emitir informe preceptivo admitiendo la limitación y si la deniega, la decisión resulta vinculante para el Presidente de la Junta arbitral correspondiente (art. 26 RD 231/2008). En cambio, nada prevé el precepto para el caso de aceptación de la limitación por parte de la Comisión de Juntas, con lo cual hay que entender que el informe es preceptivo pero no vinculante, de manera que es potestad del Presidente de cada Junta la decisión última de aceptar o no la limitación propuesta.

En el caso de los litigios surgidos entre entidades financieras y clientes con ocasión de la comercialización de preferentes y deuda subordinada, las entidades han optado por la vía de la conclusión de convenios arbitrales individuales, tras estudiar cada caso concreto, sin que *per se* pueda considerarse una mala praxis el encomendar a una empresa externa, a un abogado, o a cualquier otro asesor elegido por la empresa, la valoración de los casos y la decisión de cuáles podrán dirimirse a través de la vía arbitral y cuáles no.

Es por ello que, en ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, las entidades podían decidir libremente qué casos sometían a la consideración de los árbitros de las Juntas arbitrales de consumo y cuáles no, obedeciendo dichas decisiones a razones de diversa índole que no podemos entrar a analizar dado que serían meras especulaciones que, en todo caso, quedan alejadas del carácter técnico-jurídico del trabajo que ahora realizamos.

A lo que sí debemos hacer mención expresa, es que tras la creación de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, mediante 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, el 17 de abril de 2013 se hicieron públicos los criterios básicos que dicha Comisión comunicó al FROB, y este a su vez a las entidades participadas por él mismo, al objeto de ofrecer a

sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias surgidas en relación con instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.

A partir de ese momento, podríamos decir que se inicia una nueva fase en la admisibilidad del arbitraje de consumo en función de la concurrencia o no de los referidos requisitos que, entendemos, han sido aplicados acumulativamente por las entidades financieras. Dichos requisitos hacen referencia a aspectos muy diversos, pero centrados todos ellos en la casuística que de modo reiterado se ha constatado que se sucedía tanto en las controversias resueltas mediante arbitraje de consumo, como en las resueltas en vía judicial. Así, la Comisión establece como criterios:

• La falta de capacidad de obrar del suscriptor sin intervención del representante legal (y debería haber añadido o del curador, en su caso)

• Ausencia de documentación contractual o incorrecciones graves en su contenido

• Falta de la información precontractual preceptiva según la normativa vigente, o con graves deficiencias en su contenido.

• Falta de obtención de la información sobre las características del cliente en relación con el producto ofrecido o incorrección en el procedimiento de evaluación, tal y como exige la normativa vigente.

• Relación entre la importancia reducida de la inversión y el patrimonio del cliente, valorando aquellos casos en que la inversión constituye exclusivamente o la mayor parte de dicho patrimonio.

• La cuantía y procedencia de la inversión. Es de destacar que **se da preferencia** (y este acaba siendo en la práctica el criterio de mayor peso) a las inversiones inferiores a 10.000 euros y que procedan de un traspaso de productos de bajo riesgo de la propia entidad. Este criterio de preferencia se ve ratificado por las palabras de la Presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la presentación del informe de la Comisión de seguimiento ante el Congreso de Diputados (Diario de Sesiones de 29 de mayo de 2013) cuando afirma que "*En cualquier caso, la prioridad es atender a aquellos inversores que han realizado una menor inversión y que, por tanto, parece que pudieran disponer de menores recursos y posibilidades para asesorarse antes de invertir y para posteriormente recurrir a los tribunales*".

• Criterios adicionales: edad (de mayor a menor), ingresos familiares (de menos a más), composición del patrimonio familiar (incidencia de la inversión en el patrimonio familiar, sin contar la vivienda habitual) y volumen de la inversión (de menos a más). En nuestra opinión, resulta excesivo solicitar información relativa a otros miembros de la unidad familiar para decidir la sumisión o no al arbitraje de consumo, puesto que no está en manos del afectado la facilitación de dicha información, sino que depende de la voluntad de terceros.

4. Arbitraje de consumo: procedimiento ordinario y procedimiento abreviado

El procedimiento ordinario y abreviado

4.1 Fases comunes

a) La recepción de la solicitud de arbitraje formulada por el consumidor.

Es la fase que abre la posibilidad de iniciar el procedimiento arbitral. En este momento, de acuerdo con el art. 34 del RD 231/2008, se procede a la revisión de la solicitud a fin de comprobar que se ajusta a los requisitos exigidos por dicho precepto y cuyo cumplimiento es imprescindible para la adecuada tramitación de la solicitud. Así, identificación de las partes, existencia de relación de consumo entre ellas, controversia que se pretende quesea resuelta mediante el arbitraje, petición concreta que formula el consumidor y un principio de prueba o manifestación al respecto si la prueba únicamente se halla en poder de la empresa. En definitiva, en este momento se revisan los elementos fundamentales de la solicitud: legitimación activa y pasiva, objeto del arbitraje y fundamentos de la pretensión .

En la tramitación de solicitudes de arbitraje relativas a los productos de inversión objeto de este estudio, los principales problemas que se han presentado han sido los relativos a la legitimación activa, ya sea derivada de temas sucesorios en los que la legitimación corresponde al heredero o, en su caso, al legatario favorecido con el legado de la inversión, ya sea por no disponer el sujeto solicitante de la correspondiente autorización para actuar en nombre del afectado o bien de la acreditación de ser su representante legal (art. 1,259 Código civil). Casi la práctica totalidad de estas incidencias han sido subsanadas y se ha seguido con la tramitación del procedimiento arbitral.

b) La admisión a trámite por el Presidente de la Junta arbitral.

Una vez superada la fase anterior, el Presidente de la Junta debe valorar si la solicitud, formalmente correcta, puede admitirse a trámite. El art. 35 impide la admisión a trámite de aquellas solicitudes que versen sobre materias excluidas del arbitraje por el art. 2.2 del RD 231/2008 y de las que no afecten a los legítimos intereses económicos de los consumidores –entendemos que hace referencia a un recurso abusivo al arbitraje por tratarse de una reclamación frívola o que nada tiene que ver con la afectación patrimonial del consumidor– o que resulte infundada.

Sorprende observar que el art. 35 no impone al Presidente de la Junta la revisión de la validez del convenio arbitral, cosa que sí hacen los arts. 39.1 y 40, aunque de forma distinta. Si nos atenemos a la literalidad del art. 39.1 resulta que la verificación de la validez del convenio arbitral se realiza cuando ya ha sido admitida a trámite la solicitud ("Admitida la solicitud de arbitraje y verificada la existencia de convenio arbitral válido…."); en cambio, la dicción del art. 40, que regula el procedimiento abreviado, esto es, el arbitraje sectorial o especializado, permite entender que admisibilidad de la solicitud y control de validez del convenio se han de realizar simultáneamente ("...podrá convocarse a las partes a audiencia, sin más trámite, siempre que se haya verificado la admisibilidad de la solicitud y la validez del convenio arbitral...") . En nuestra opinión, la revisión de la validez del convenio arbitral debe formar parte de la admisibilidad de la solicitud, dado que no se trata de una particularidad propia del arbitraje sectorial, de modo que entendemos que forma parte de las funciones del Presidente en el momento de valorar la admisión a trámite de la solicitud. Ello es de gran importancia en casos en los que, como el de la comercialización de participaciones preferentes y deuda subordinada, la empresa ofrece el mismo convenio arbitral para todos los afectados sin posibilidad de negociación. Así pues, el convenio arbitral se convierte en un contrato de adhesión susceptible de contener cláusulas abusivas que el Presidente debe advertir si el carácter abusivo de la cláusula afecta a la validez del convenio.

c) El nombramiento de los árbitros: órgano colegiado y órgano unipersonal.

Admitida a trámite la solicitud, el Presidente de la Junta debe proceder al nombramiento del órgano arbitral (art. 39.1). En ese momento decidirá si el órgano arbitral será unipersonal o colegiado, de acuerdo con los criterios que establece el art. 19.1 b) RD 231/2008, o sea, cuantía de la reclamación inferior a 300 euros o falta de complejidad de la reclamación.

Tratándose de órganos unipersonales, y a excepción de que las partes acuerden otra cosa por razones de especialidad, el art. 19.3 establece que será designado un árbitro de entre los propuestos por la Administración pública. La opción por este árbitro responde a la necesidad de que los propuestos por la Administración siempre han de ser licenciados en derecho, con independencia de que el laudo se dicte en derecho o en equidad (art. 17.1 RD 231/2008). Ello es acorde con la necesidad de que, incluso decidiendo en equidad, las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión que se adopte (art. 33.2 RD 231/2008). A ello debe añadirse que una de las causas que permiten ejercitar la acción de anulación del laudo, es que el mismo contravenga el orden público (art. 41.1 f) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) y entre otras formas de contravención, sería contrario al orden público el laudo que vulnerase lo dispuesto en normas imperativas que, como es sabido, abundan en las normas de protección de los consumidores. El hecho de que el árbitro único sea conocedor de la legislación aplicable minimiza el riesgo de impugnación de los laudos.

d) La evacuación del trámite de audiencia: verbal o escrita.

También es común a ambos procedimientos la posibilidad de que el trámite de audiencia se desarrolle verbalmente o por escrito. El art. 44.1 RD 231/2008 dispone que "La audiencia a las partes podrá ser escrita, utilizando la firma convencional o electrónica, u oral, ya sea presencialmente o a través de videoconferencias u otros medios técnicos que permitan la identificación y comunicación directa de los comparecientes". En este caso, dado que ya se ha iniciado el procedimiento arbitral, entendemos que la decisión corresponde al órgano arbitral, sin que, por otra parte, el precepto contemple la posibilidad de oposición de las partes a dicha decisión, aunque de ordinario se atenderá la petición justificada de las partes de acudir a una audiencia verbal.

4. Arbitraje de consumo: procedimiento ordinario y procedimiento abreviado		
	Procedimiento ordinario	**Procedimiento abreviado**
4.2 Diferencias	El arbitraje de consumo se sustancia, de ordinario, según el procedimiento previsto en los arts. 37 a 39 RD 231/2008. La lectura de dichos artículos pone de relieve la necesidad de realizar diversos trámites y notificaciones sucesivas que suponen el alargamiento del procedimiento hasta llegar a la fase de audiencia. En caso de no existir causa de inadmisibilidad, el art. 37.3 a) se refiere al supuesto de constar convenio arbitral válido. En ese caso, establece dicho precepto que "…el presidente de la Junta Arbitral acordará la iniciación del procedimiento arbitral y ordenará su notificación a las partes. 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". Seguidamente, con independencia de que las partes acepten o no la mediación previa, el art. 39 establece que el Presidente de La junta procederá a la designación de los árbitros. Ciertamente, el procedimiento ordinario es altamente garantista ya que se notifican de forma separada las diferentes actuaciones y se concede plazo suficiente para presentar alegaciones, pero entendemos que se puede desarrollar con iguales garantías el procedimiento arbitral siguiendo los trámites del procedimiento abreviado, en casos en los que, como el que nos ocupa, se haya comprobado la existencia de convenio arbitral válido.	El art. 40 RD 231/2008 prevé la posibilidad de seguir un procedimiento abreviado en aquellos casos en que se trate de una pluralidad de controversias pertenecientes al mismo sector y que permitan considerar que es un arbitraje especializado. Así, de conformidad con lo previsto en el art. 40.1, una vez verificada la admisibilidad de la solicitud y la validez del convenio arbitral por parte del Presidente de la Junta, en la misma resolución se procede de forma inmediata a la designación del órgano arbitral que ha de conocer del conflicto y a la convocatoria de las partes al acto de la audiencia. De este modo, se tramita sin mayor dilación de reclamación y se puede obtener en un plazo razonablemente rápido el laudo que dirimirá la controversia. Este ha sido el procedimiento elegido por las Juntas arbitrales que han resuelto controversias relativas a la comercialización de las participaciones preferentes y deuda subordinada.

4.3. El laudo: resolución en equidad o en derecho.

La resolución de la controversia en el procedimiento arbitral puede fundamentarse en la equidad o en derecho. En el primer caso, los árbitros resuelven según criterios de justicia material, si bien teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, las estipulaciones contractuales y las normas jurídicas aplicables (art. 33.2 RD 231/2008), entre las cuales tienen especial relevancia las de carácter imperativo.

La resolución en derecho requiere la estricta aplicación de las normas pertinentes al caso concreto, tomando en consideración la jurisprudencia existente en la materia. Esta opción ha sido la elegida por las entidades financieras y aceptada por los clientes en el convenio arbitral firmado entre ellos. Si, como ya se ha dicho, cuando se opta por un órgano unipersonal, el árbitro ha de ser designado de entre los propuestos por la Administración, con más motivo cuando el laudo ha de ser en derecho.

En cualquier caso, sea el laudo dictado en equidad o lo sea en derecho, siempre ha de ser motivado (art. 37.4 Ley Arbitraje y 33.2 RD 231/2008).

5. Legislación aplicable a la resolución de las controversias

La elaboración de los laudos sobre la materia que nos ocupa requería la previa selección de las normas aplicables. Para ello debíamos tener en cuenta tanto la normativa sectorial en la medida en que establecía requerimientos especiales para la comercialización de los productos de inversión, como las normas generales, sean las de protección de los consumidores, sean las relativas a la celebración de los contratos.

5.1. Normas sectoriales

Como ya se ha dicho, los laudos arbitrales debían ser dictados en derecho. Ello obligaba a seleccionar en cada caso la normativa de aplicación vigente en el momento de la comercialización de los productos. A continuación exponemos el elenco normativo que debía tomarse en consideración en función de la fecha de emisión de los productos de inversión:

a) Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

El art. 7 contemplaba, ya en su redacción originaria, las financiaciones subordinadas como integrantes de los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito, al mismo nivel que el capital social, el fondo fundacional o las reservas, entre otros. En cambio, las participaciones preferentes aparecen por primera vez contempladas como recursos propios de dichas entidades, a raíz de la modificación introducida por Ley 44/2002, de 22 de noviembre, incorporándose en la relación del art. 7. Meses más tarde, el apartado primero de la Disposición Adicional segunda de la Ley 19/2003, de 4 de julio, establecía las características –la disposición habla de "requisitos"– de

dicho producto inversor. Interesa destacar que la norma, entre otros aspectos:

- imponía a las entidades de crédito la obligación de depositar en su totalidad los recursos obtenidos de forma permanente, para aplicarlo a la compensación de pérdidas, tanto en su liquidación como en el saneamiento general de aquélla, una vez agotadas las reservas y reducido a cero el capital ordinario (apartado b).

- establecía el derecho del inversor a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo, resultando condicionado el devengo de la misma a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito (apartado c).

- no otorgaba a los titulares de las participaciones preferentes derechos políticos, salvo que se establecieran en las respectivas condiciones de emisión (apartado d).

- dispone el carácter perpetuo de la inversión, si bien se podría acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, supeditado ello a al previa autorización del Banco de España (apartado f).

- imponía su cotización en mercados secundarios organizados (apartado g).

- Y establecía que en los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito, las participaciones preferentes darían derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes (cajas de ahorro) (apartado h).

Como puede fácilmente observarse, a pesar de su denominación, las condiciones de la inversión eran de altísimo riesgo, de manera que la información precontractual se revelaba de gran importancia para la correcta formación del consentimiento contractual.

b) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Esta norma ha sufrido diversas modificaciones en lo que al tratamiento de la información precontractual y documentación contractual se refiere. Así, en su versión original, los arts. 78 y 79 tan solo hacían un referencia genérica a la obligación de las entidades de sujetarse a las normas de conducta establecidas en la ley y a los códigos de conducta que se desarrollarían en el futuro, a la par que imponían a la entidad la obligación de actuar siempre dando absoluta prioridad al interés de su cliente. Por su parte, en cuanto al deber de información, el art. 82, también en términos generales, imponía el suministro de información al público, de todo hecho o decisión que pudiera influir de forma sensible en la cotización de los valores en el mercado. No había, pues, una obligación específica de información precontractual de carácter sectorial, aunque sí existía con carácter general

derivada del art. 8 de la LGDCU. (Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

La primera modificación que se introdujo en dichos preceptos, tuvo lugar mediante la **Ley 37/1998, de 16 de noviembre**. Concretamente, en el art. 79 se imponía a las entidades, entre otros, los deberes de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, priorizar los intereses de sus clientes ante un eventual conflicto de interés, cuidar los intereses de sus clientes como si fuesen propios y asegurarse de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos adecuadamente informados. En desarrollo de estas prevenciones, se dictó el **Real Decreto 629/1993. de 3 de may, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios** (hoy derogado), que en su art. 16 concretaba la información que se debía trasladar a la clientela sobre las operaciones realizadas y que debía hacerse con la debida diligencia. Asimismo, imponía obligaciones de entrega de la documentación contractual (art. 15) en consonancia con lo que ya establecía la LGDCU.

Posteriormente, **la Ley 44/2002 , de 22 de noviembre**, amplia el elenco de deberes de las entidades con respecto a sus clientes e impone, en particular, el deber de informar a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Además, se añade un art. 79 bis que detalla el contenido de las obligaciones de información y publicidad a la clientela, tanto en cuanto a su forma (imparcialidad, claridad, y carácter no engañoso) como en cuanto a su contenido. Por primera vez se impone claramente a las entidades la obligación de obtener de sus clientes la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia para poder efectuar las recomendaciones oportunas en cuanto a los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convinieran.

Más tarde, los arts. 78, 79 y 79 bis se ven nuevamente modificados, a la vez que se añaden los arts. 78 bis y ter, y 79 ter, quáter, quinquies y sexies, todos ellos imponiendo nuevos deberes de actuación a las entidades de crédito en cuanto a información y actuación diligente con respecto a los intereses de la clientela. Concretamente dicha modi**ficación se producen mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre**, fruto de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la **Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros** (conocida como Directiva MIFID), y que obligaba a distinguir entre clientes minoristas y clientes profesionales, estableciendo normas de protección elevada para los considerados minoristas (definidos por oposición a los profesionales en el art. 78 bis 2).

Las últimas modificaciones introducidas en la LMV, lo han sido mediante la **Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito**, que ha fortalecido aún más la protección de los clientes minoristas. Sin embargo, esta reforma no ha tenido incidencia en la resolución de los conflictos puesto que entró en vigor

cuando ya había estallado el problema.

5.2. Normas generales de protección de los consumidores

Sin necesidad de detenernos específicamente en el contenido de las normas de protección de los consumidores, debe destacarse que, en todo caso, las obligaciones de información precontractual y documentación de los contratos venían siendo ya exigidas por la LGDCU de 1984 (art. 8) y posteriormente reiteradas en el TRLGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), en sus arts. 60 y ss. Es decir, que la obligación de suministrar información clara, transparente e inteligible sobre todas y cada una de las características de los productos comercializados venía impuesta por la normativa general de protección de los consumidores en aquellos casos en que el cliente reuniera la cualidad de tal.

5.3. Código civil: art. 1.261 y ss.

Los arts. 1261 y ss del Código civil español se ocupan de la perfección y validez de los contratos, estableciendo los requisitos esenciales para que los mismos existan, así como la eventual existencia de vicios del consentimiento y sus consecuencias. La falta absoluta de consentimiento se sanciona con la nulidad absoluta del contrato (art. 1.261 CC), mientras que la existencia de vicios de la voluntad permite la anulación del contrato por parte de quien lo ha sufrido (art. 1.300 y ss CC). Asimismo, la falta de capacidad de obrar es también considerada como causante de la nulidad del contrato o de su anulabilidad cuando el mismo se haya celebrado sin el representante legal o el curador en aquellos casos en que sea preceptivo (art. 1.302 CC).

En el caso de la comercialización de los productos de inversión, hemos comprobado la importante carga de información que la normativa impone a las entidades financieras, ya sea desde el punto de vista sectorial, ya sea desde el punto de vista general. Y si bien es cierto que la jurisprudencia menor ha dejado acreditado que el incumplimiento por la entidad de crédito de estos deberes administrativos no permite colegir sin más la nulidad de los contratos, y que en su caso, será el juzgador quien deba analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite y reservando la sanción de anulabilidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público., también lo es que dado el calado de los deberes de información impuestos tienen una gran relevancia en orden a la formación de la voluntad de los clientes. Y ello sin olvidar la complejidad del producto y, en el caso de las participaciones preferentes, el equívoco al que la propia denominación podía conducir en relación con las características que presentaba.

Por otra parte, también deben tomarse en consideración los preceptos relativos a los efectos de la declaración de nulidad en orden a la restitución de las prestaciones (art. 1.305 y ss CC).

6. Incidencia de los acuerdos del FROB en el proceso arbitral

La intervención de las entidades de crédito afectadas por la necesidad de capitalización y la firma del Memorando de entendimiento a que nos hemos referido al principio de este estudio, provocó, por una parte, la creación del FROB (Fondo de Reestructuración y Ordenación Bancaria) mediante la Ley 09/2012 de 14 de noviembre de 2012.. A partir de su creación, el FROB ha dictado una serie de disposiciones con incidencia directa en los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada y en las acciones en curso o pendientes de ejercitar por ellos. Entre los distintos acuerdos adoptados por el FROB deben destacarse los siguientes:

-Acuerdo adoptado por la Comisión rectora del FROB el 22 de marzo de 2013, relativo a la conversión obligatoria de dichos instrumentos en acciones de las entidades afectadas, a precio de mercado. Evidentemente, dicha transformación comportaba una pérdida más que sustancial del valor invertido, mayor o menor en función de la entidad emisora. No obstante, esta conversión impuesta en ningún caso podía afectar al ejercicio de las acciones iniciadas o pendientes de iniciar fundadas en la nulidad (en ningún caso susceptible de conformación *ex* art. 1.310 CC) o anulabilidad de los contratos originales, dado que no podía apreciarse ninguna voluntad confirmatoria por parte de los clientes afectados (art. 1.309 a 1.311 CC).

-Resolución de la Comisión Rectora del FROB, de 7 de junio de 2013. En dicha resolución se acordó la posibilidad de que los titulares de los instrumentos financieros pudieran optar a la venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos según el precio establecido en la propia resolución. No obstante, si bien se advierte que el canje es voluntario, no lo es menos que a los titulares de los instrumentos referidos pocas opciones les quedaban de obtener liquidez en los mercados. Esta venta plantea la duda de si con la misma los clientes procedían a la conformación de los contratos anulables por vicio del consentimiento. En este punto nos parece de especial importancia la nota de prensa publicada por el propio FROB el 10 de julio de 2013, en la que recordaba que se hallaba próximo a finalizar el plazo otorgado para la venta. En dicha nota, y lo transcribimos literalmente, el FROB manifestaba que "*Conviene recordar*:

- que el plazo para acogerse a la oferta del FGD de compra de las acciones mediante pago en efectivo finaliza el próximo viernes 12 de julio,

- que transcurrido dicho plazo, dichas acciones al no cotizar en mercado organizado tendrán un elevado grado de iliquidez, e igualmente,

- que acogerse a la liquidez ofrecida por el FGD no impide el ejercicio de acciones judiciales ni otro tipo de reclamaciones".

Así pues, hemos de entender que el propio FROB no estaba concediendo valor de conducta confirmatoria de los contratos a la venta de las acciones, de manera que cabe considerar subsistente la acción de anulación de los contratos originarios.

7. Ventajas e inconvenientes del arbitraje de consumo en relación con la jurisdicción civil

Podemos analizar las ventajas e inconvenientes desde la perspectiva de cuatro características esenciales:

- Accessibilidad. El arbitraje de consumo se basa en la confianza de las partes en el sistema, en las juntas y en los árbitros. Como hemos visto, requiere un acto voluntario de sumisión. A pesar de las normas de competencia territorial, el consumidor tiene **ius variandi**: ya que puede presentar en otra junta la solicitud siempre que haya una vinculación territorial entre la controversia y la junta elegida. La vía judicial es accesible a todo ciudadano en virtud del art. 24 CE. La demanda sigue su curso según las previsiones LEC en cuanto a competencia territorial y funcional, reparto de las demandas en los Juzgados de primera instancia, procedimiento, etc. En este caso, la empresa no puede negarse a que se siga el procedimiento judicial iniciado con la demanda.

- Flexibilidad: Por mandato de la LGDCU (y luego el TRLGDCU) el procedimiento arbitral se concibe "sin formalidades especiales". Es por ello que el RD 231/2008 diseña procedimiento flexible, siempre con respeto a los principios de legalidad, audiencia, contradicción y prueba (puesto que de otro modo los laudos resultantes podrían estar viciados de nulidad ex art, 41 LA). Ello posibilita la presentación de pruebas durante toda la tramitación del procedimiento, hasta el día previsto para la celebración de la audiencia (siempre queda en manos del prudente criterio de los árbitros en admitirlas o no, en función, por ejemplo, de si se pudieron aportar anteriormente o no). Igualmente, permite la modificación de las pretensiones de las partes hasta dicho momento: ampliación de la reclamación, extensión... Y la empresa puede decidir formular reconvención. Si la modificación no es aceptada por la otra parte: no existiría convenio arbitral y el árbitro no podría entrar a juzgar a riesgo de impugnación del laudo. Las posibilidades de modificación de las pretensiones son escasas en la vía judicial (art. 286 LEC).

- Recurribilidad. El laudo es irrecurrible ante los tribunales, que no pueden volver a pronunciarse sobre el fondo. Así pues, tiene inmediatamente eficacia de cosa juzgada. Tan solo puede ejercitarse la acción de anulación ante el TSJ competente, por las causas previstas en el art. 41 LA. Por el contrario, las sentencias judiciales son recurribles en los términos establecidos por la LEC y devienen definitivas y tienen eficacia de cosa juzgada cuando ya no pueden ser recurridas ulteriormente.

- Ejecutabilidad: En este extremo no existe diferencia, puesto que tanto los audos arbitrales como las sentencias lo son (art. 517 LEC).

8. Informe de la Comisión de seguimiento sobre comercialización de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada

Del informe inicial presentado por dicha Comisión (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 29 de mayo de 2013) se desprende que:

1) Las inspecciones realizadas permitieron identificar diversas incidencias como un deficiente diseño de los test de conveniencia e idoneidad y un rigor insuficiente en la evaluación de los resultados. La ejecución de estos trabajos ha supuesto que en total, desde la entrada en vigor de la normativa Mifid en 2008, se hayan realizado inspecciones a veintiuna entidades de crédito emisoras de instrumentos híbridos que concentran aproximadamente el 80% de la clientela minorista del mercado de valores, unos 12 millones de titulares. En los últimos años, el mayor volumen de emisiones de participaciones preferentes dirigidas a minoristas se produjo en 2009: veintitrés emisiones por importe de 11.353 millones de euros. El 66% de este importe corresponde a emisiones en las que, con anterioridad al registro de la emisión y por tanto persiguiendo un objetivo de prevención, se revisó la documentación que se iba a entregar a los inversores y en la red comercial como argumento de venta. Adicionalmente, en casi todos los casos, tras la comercialización se solicitó el informe de auditoría interna de las entidades sobre el cumplimiento de las obligaciones de información y valoración de la conveniencia o la Comisión Nacional del Mercado de Valores revisó este extremo directamente.

2) De dichas inspecciones se deducen tres conclusiones:

- el número de clientes que contrató el producto, después de ser advertido de que la operación era no conveniente para él, fue muy elevado.

- el porcentaje de clientes a los que las entidades reconocen haber recomendado personalmente la contratación de estos productos es absolutamente marginal, lo cual significa que no fueron de aplicación las normas más estrictas correspondientes al servicio de asesoramiento, básicamente el test de idoneidad, que es más exigente que el de conveniencia.

- con carácter general, aunque con algunas excepciones, las entidades fueron capaces de acreditar el cumplimiento de las obligaciones de información a la clientela en la comercialización. Es muy importante señalar que esta última conclusión es compatible con la existencia de numerosos inversores que afirman haber recibido una información verbal contradictoria con la documentación contractual firmada, sin embargo, la comisión carece de elementos probatorios que permitan comprobar lo realmente ocurrido en estos casos.

Del primer informe trimestral presentado en septiembre de 2013 se desprende que:

1) Vía arbitral

a) Nova Caixa Galicia: Se abrió la vía arbitral en julio del 2012. Reclamaron 106.840 titulares (80% del total), por un valor de 1.450 millones de euros. Total de procedimientos arbitrales tramitados por la Junta Arbitral de Consumo de Galicia, 62.503 solicitudes admitidas a trámite de los cuales se habían emitido 43.990 por valor de 367 millones de euros, todos favorables a los consumidores.

b) Catalunya Caixa: Comenzaron a registrarse solicitudes el 11 de octubre de 2012, en total: 118.131, por un importe de 1.399 euros. Hasta julio de 2013, se habían admitido a trámite 20.276 (previsión de llegar a las 23.000). 12.000 ya cuentan con laudo positivo por valor de 145 millones de euros.

c) Bankia: Empezó el proceso arbitral el 18 de abril de 2013. En concreto, 247.795 clientes minoristas han reclamado extrajudicialmente por un importe de 3.908 millones de euros y 78,114 solicitudes ya han sido admitidas. A 19 de julio se había resuelto un total de 4.268 casos de forma favorable al cliente.

2) Via judicial: Han acudido a la vía judicial 6487 afectados, reclamando más de 435 millones de euros. Hasta julio d 2013, 491 demandantes tenían ya sentencia favorable por valor de 22,75 millones de euros. En cocnreto:

a) Nova Caixa Galicia: 2229 demandas por valor total de 130 millones de euros, de las cuales. 244 resueltas: 78 por desistimiento del cliente (valor de 2,64 millones de euros). 2 favorables a la entidad (196.000 euros) y 164 favorables a los clientes (7,06 millones de euros).

b) Catalunya Caixa: 817 reclamaciones judiciales por valor total de 36 millones de euros. 185 concluidas: 15 por desistimiento del cliente; 6 favorables a la entidad (69.573 millones de euros) y 164 favorables a los clientes (5,17 millones de euros).

c) Bankia: han demandado 3.441 afectados, por importe de 269,73 millones de euros. Hasta el 19 de julio, 12 concluidas por desistimiento del demandante, 21 favorables a Bankia (1,75 millones de euros) y 163, favorables a los clientes (10,51 millones de euros).

Bibliografía.

CNMV: *Guía sobre los productos de renta fija. http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/G uias/guia_rentafija.pdf*

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Estudio sobre participaciones preferentes. Marzo, 2013. https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Preferentes.pdf*

M. FERNÁNDEZ BENAVIDES: *"Participaciones preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil". Revista CESCO, núm. 4/2012. http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco*

V. PÉREZ DAUDÍ-J. SÁNCHEZ GARCÍA: *"Las participaciones preferentes de entidades financieras intervenidas. Análisis de las posibilidades del inversor". El Derecho. Septiembre, 2012. http://www.elderecho.com/www-elderecho-com/participaciones-financieras-intervenidas-Analisis-posibilidades_11_454930003.html*

A. SEOANE PEDREIRA: "*Acciones a ejercitar en demandas de preferentes". Octubre, 2013. LexNova blogs. Thomson Reuters. http://mercantil.blogs.lexnova.es/2013/10/23/acciones-a-ejercitar-en-demandas-de-preferentes/*

S. VICIANO: *"Las preferentes: visión desde la práctica". Economist & Jurist. Agosto, 2013. http://82.223.210.105/c/document_library/get_file?folderId=44607&name=2434873_20130830114028_economist-173-web-mercantil.pdf*

F. ZUNZUNEGUI: "*Caracterización de las participaciones preferentes". Revista de Derecho del Mercado Financiero. Febrero, 2013. http://rdmf.files.wordpress.com/2013/02/zunzunegui-caracterizacic3b3n-de-las-participaciones-preferentes.pdf*

Acuda a su sede de ADICAE más cercana para acceder a esta publicación sobre el acceso a la justicia de los consumidores

www.adicae.net

Resumen y balance de posiciones acerca de la realidad y aplicación del arbitraje a la problemática de las participaciones preferentes y otros productos de renta fija

Departamento de Ahorro e Inversión de ADICAE

El proceso de arbitraje dentro del ámbito financiero, al igual que en otros de distinta índole, pretende desde su dimensión pública facilitar que las partes implicadas en la problemática correspondiente resuelvan una discrepancia sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Se trata de un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos al igual que la negociación, mediación y conciliación, pero con sus particularidades propias.

El arbitraje de consumo es una vía extrajudicial y voluntaria que permite resolver, de una manera rápida, eficaz y gratuita, los desacuerdos que puedan surgir entre los consumidores/usuarios y los empresarios.

En concreto, aquél al que se han sometido los afectados de participaciones preferentes y subordinadas, se trata de un arbitraje en derecho frente al habitual arbitraje en equidad. Esto quiere decir que no se ha formado propiamente un colegio arbitral, sino que ha existido un único árbitro (licenciado en derecho y perteneciente a la Administración Pública) designado por la Junta Arbitral, que toma una decisión denominada laudo, basada en la legislación vigente. Dicho laudo tiene validez de sentencia judicial y por tanto no se puede recurrir ni judicial ni extrajudicialmente (cosa juzgada). Estamos por tanto ante un arbitraje "ad hoc" -para el caso concreto- no ante una adhesión completa e incondicional. Es decir, las entidades financieras correspondientes –Bankia, Novagalicia Banco y Cataluña Caixa- se han adherido hasta la resolución de la problemática referida y no más allá de la misma y, por tanto, no someterán posteriores controversias con los clientes a este procedimiento arbitral.

Desde ADICAE siempre hemos apoyado el mecanismo del arbitraje de consumo como vía extrajudicial de resolución de conflictos para conseguir el mayor beneficio en pro de los consumidores, reduciendo los costes, tanto económicos como personales. Además, suele tratarse de un procedimiento más ágil que el judicial. Incluso ADICAE ha defendido la creación de un arbitraje especializado en consumo financiero, para evitar la excesiva complejidad dada la materia a la que tienen que enfrentarse los árbitros de consumo. Eso sí, el arbitraje que defendemos como válido es el universal, colectivo y con todas las garantías recogidas en el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: que ponga a disposición de todos los usuarios el acceso a un acuerdo objetivo, justo y transparente, con la empresa o entidad que ha vulnerado los derechos de aquellos.

En definitiva y como más abajo demostraremos de manera razonada, la propuesta de arbitraje promovida por el Gobierno y los gobiernos autonómicos correspondientes y dispuesta por los bancos y cajas nacionalizados que comercializaron masivamente productos financieros híbridos (participaciones preferentes y deuda subordinada), difiere de la solución universal que requieren y demandan los miles de ahorradores afectados por esta colocación irregular. Con todo, pese a nuestra posición crítica -la cual está notablemente justificada y argumentada-, valoramos positivamente el hecho de que un número importante de personas hayan podido recuperar sus ahorros por esta vía.

1. ENTIDADES QUE HAN ESTABLECIDO EL PROCESO ARBITRAL

Son tres las entidades bancarias que entre 2012 y 2013, a consecuencia de la intervención de las instituciones públicas en su recapitalización y ante la creciente demanda de soluciones por parte de los afectados y la judicialización temprana del problema (con las primeras sentencias judiciales a favor de los afectados en su mayoría), promulgaron el arbitraje como herramienta y vía de escape para la resolución del conflicto de las preferentes y la deuda subordinada: Bankia, Novagalicia Banco y Catalunya Caixa.

El arbitraje referido fue extensible a los afectados tenedores de preferentes y de deuda subordinada, aunque en un momento inicial del procedimiento de Cataluña Caixa y Novagalicia Banco, sólo se instrumentó para las participaciones preferentes. Además, el arbitraje también era operativo en el caso de que las entidades hubiesen canjeado ambos productos por acciones del propio banco, como de manera obligada impusieron todos ellos en unos u otros momentos del proceso, y con sus propias singularidades, ya que NGB y CX aún no cotizaban en Bolsa (ni cotizan) y tuvieron que articular una fórmula para la recompra de los híbridos a los afectados y dotarles de liquidez, aunque con importantes quitas y pérdidas sobrevenidas en todos los casos.

El Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera primero, en sus artículos 17, 18 y 19, y la Ley 9/2012 de Restructuración y Resolución de Entidades de Crédito después, imponían a las entidades con problemas o no viables la necesidad de repartir la carga de su nacionalización

entre los accionistas y titulares de instrumentos híbridos de capital, de manera que convirtieran sus productos originales en capital propio (acciones), asumiendo descuentos considerables sobre el nominal inicial. Este, entre otros, fue el caso de las tres entidades indicadas, cuyo margen de maniobra por tanto era muy limitado con respecto a otras entidades no intervenidas, que resolvieron sus controversias mediante propuestas de canje más o menos razonables para sus clientes, si bien en casi ningún caso hubo satisfacción completa de los afectados.

Por otro lado, es imprescindible destacar que el arbitraje propuesto y en ejecución por parte de estas entidades (finalizado en el caso de NGB), se compone de varios pasos previos y criterios para clasificar a los clientes que pueden acceder al mismo y que competen a diversas instancias. En cualquier caso, no todos los que consideraron sus derechos vulnerados intentaron resolverlo mediante esta herramienta creada al efecto, ya que un importante número de personas no confiaban ahora en un procedimiento que al fin y al cabo partía y dependía de la propia entidad. Todos ellos, salvo algunos clientes que no optaron por ninguna de las vías habilitadas para buscar el reembolso del nominal depositado en su día, se inclinaron por la vía judicial, normalmente más costosa y lenta, pero que se ha venido demostrado eficaz en un muy elevado porcentaje de los casos.

De cualquier manera, estamos ante un procedimiento que no está cumpliendo con los límites temporales fijados de antemano, entendemos que por el gran volumen de afectados que ha acudido a aquel, pero ciertamente la agilidad pretendida de inicio quedaría en parte en entredicho, entre otros factores a los que nos referiremos más adelante.

2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS ARBITRAJES DE PREFERENTES Y SUBORDINADAS EN RELACIÓN AL ARBITRAJE DE CONSUMO TRADICIONAL

Las características esenciales que genéricamente presenta este arbitraje para estos productos híbridos de las entidades intervenidas, y que difieren del arbitraje de consumo tradicional, son las siguientes:

1.- Las entidades Bankia, Catalunya Banc y Novagalicia Banco, no están adheridas al Sistema Arbitral de Consumo. No obstante, existe un compromiso con las administraciones competentes en esta materia (señaladas en el punto Tercero), responsables de aceptar este arbitraje con una serie de condiciones, entre las que destaca la de ser un arbitraje en derecho y sólo para determinados supuestos tasados y para el caso concreto. Una vez que se resuelve la controversia de los productos híbridos, estas entidades se desligan del arbitraje como método para dirimir los conflictos con sus clientes.

2.- Por otro lado, es una empresa de consultoría la que, de manera previa a la aceptación de la sumisión al arbitraje por la entidad (aceptación del convenio) determina qué contratos cumplen determinados estándares o criterios susceptibles y cuál es la cantidad máxima por la que se puede

plantear arbitraje. En muchos casos esas consultoras han ejercido también labor de auditoría o defensa jurídica de las entidades respectivas. Así en el caso de Bankia, es KPMG; en Catalunya Banc, Ernst & Young y PwC en Novagalicia Banco. Esta es una de las principales críticas que se le puede hacer a este arbitraje por existir, parece, un claro conflicto de intereses. En esta línea se refiere por ejemplo Jesús María Ruíz de Arriaga -socio director de Arriaga Asociados- al arbitraje de Bankia, alegando que "KPMG además, trabaja como abogado de la entidad, por lo que podría haber un problema de incompatibilidad, ya que hace la selección de los casos más sangrantes y que convienen a Bankia" (en cambio, académicos de reconocido prestigio como la Profesora de Derecho Civil de la UB Gramunt Fombuena le contradicen al no poder considerar "per se" como mala praxis la encomienda de la criba al acceso a una empresa externa). Es por ello, entre otras cosas, por lo que apuestan por la vía judicial, que dicen, "está resolviendo el problema de manera más ágil y condenando casi siempre en costas a la demandada, por lo que el cliente al final no tiene que pagar nada". En respuesta a este tipo de declaraciones y apuestas por la vía judicial como solución, la Presidenta de la CNMV, Elvira Rodríguez, señaló que "había casos de publicidad claramente engañosa para confundir al afectado y que rechazara el arbitraje como alternativa".

3.- Estos estándares o criterios aplicados fueron en su caso unilateralmente determinados por las respectivas entidades y posteriormente establecidos por la Comisión de Seguimiento a que se refiere el artículo 1 del 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, órgano colegiado adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. No obstante, este organismo resulta extraño y ajeno a la estructura y procedimiento del Sistema Arbitral de Consumo, tal y como viene configurado en el RD 231/2008, lo que refuerza el carácter de arbitraje sui generis el ofrecido por estas entidades. Para la asociación de consumidores CEACCU, "lo sorprendente realmente es la lectura de estos criterios establecidos". Y es que, según apunta el responsable de sus servicios jurídicos, "estos criterios convierten el arbitraje de las preferentes en un arbitraje ilegal, que obligan al árbitro que aprecie su concurrencia a rechazar la solicitud y remitir el caso al Juzgado o Fiscalía por aplicación de lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 57 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 artículo 2.2 del Real Decreto 231/2008. En suma, continúa, estas normas prohíben el arbitraje de consumo ante la posible concurrencia de indicios racionales de delito". Para la OCU, "estos criterios son restrictivos y ambiguos, si bien recomiendan acudir a este arbitraje como mal menor, sobre todo a aquellos que hubieran invertido menores cuantías".

4.- Si el cliente cumple con los estándares y condiciones económicas que establece la entidad a través de la empresa consultora,

se propone un "convenio arbitral" al consumidor, con las condiciones materiales para la reclamación y un diseño propio del procedimiento arbitral, que se aleja del procedimiento habitual. Si bien, como hablamos de un arbitraje ad hoc al cual las partes pueden o no adherirse, la entidad tiene plena libertad en este sentido.

5.- Formalmente el procedimiento se inicia mediante una "sencilla solicitud de admisión al proceso de arbitraje de consumo" ante la entidad financiera respectiva, que es la que se encarga de tramitar la misma. Esto cumple con la premisa de "accesibilidad" de todo mecanismo de arbitraje, si bien en algunos casos el acceso se ha visto restringido, sobre todo con CX y NGB, al tener los afectados que presentar directamente la solicitud a través de las Juntas Catalana y Gallega de Consumo y en sus respectivos dialectos, en lugar de habilitarse la opción de presentación en la propia entidad y en castellano. En cuanto a la "flexibilidad" del proceso, en efecto no han existido formalidades especiales para solicitar la adhesión al mismo, teniendo en cuenta además que las entidades ya contaban con la mayoría de la documentación que el afectado debía adjuntar para fundamentar sus pretensiones. En todo caso, resaltar alguna complicación a la hora de ampliar las reclamaciones con posterioridad o el escaso margen para manifestar por escrito el supuesto engaño en la comercialización.

6.- Es menester apuntar, no obstante, y esta era una de las principales preocupaciones de ADICAE desde el principio, que una vez admitida a trámite la solicitud y firmado el convenio arbitral correspondiente, los laudos posteriores del árbitro responden favorablemente a los afectados en un 100% de los casos, al menos hasta el momento de elaboración de este informe. Y esto supone una ventaja del arbitraje de las preferentes respecto al arbitraje tradicional.

7. Otra de las diferencias fundamentales con un arbitraje de consumo al uso, es que en éste, no se le ofrece la posibilidad al afectado de manifestar de palabra ante el tribunal arbitral o árbitro correspondiente el modo en que se le han "colocado" estos productos híbridos, cuestión fundamental si tenemos en cuenta que las malas praxis confirmadas por los tribunales en este sentido apuntan a la discrepancia entre la información escrita y la que de palabra se suministraba por los empleados de las entidades.

En cualquier caso, las anteriores no dejan de ser opiniones y juicios de valor de diversas partes interesadas, y desde esa perspectiva las debemos considerar.

3. IRREGULARIDADES PREVIAS Y EN LOS PROPIOS PROCESOS ARBITRALES

La postura de ADICAE al respecto de los arbitrajes desde el principio fue la misma. La Asociación nunca se opuso a que una parte de los afectados resolviera el problema por esta vía, pero aspiraba a una solución generalizada al entender que había existido una mala praxis global por parte de las entidades comercializadoras de estos productos -lo que podría con-

siderarse una estafa masiva en toda regla-. En primer lugar, el Responsable de Ahorro e Inversión de ADICAE no entendía **por qué son los propios afectados quienes debían demostrar que había existido "engaño" en la venta.** Debería recaer en las entidades, alegaba, la carga de la prueba y en todo caso ser la entidad quien establezca qué clientes son minoristas y cuáles institucionales.

En un análisis rápido de los criterios de acceso al arbitraje planteados por la Comisión de Seguimiento llegamos a la conclusión de que un muy elevado porcentaje de los afectados que han recurrido a ADICAE cumpliría con la mayoría (algunos con todos incluso) de los requisitos solicitados, y es impensable que si todos ellos acudieran al arbitraje pudieran ser reembolsados en el 100% de sus ahorros. En cuanto al criterio que apunta a un arbitraje preferente para aquellos a quienes se les convirtió unilateralmente y sin previo aviso de titulares de imposiciones a plazo fijo en preferentistas es imposible estar en desacuerdo. Pero es que estos casos, según palabras del Presidente de ADICAE y compartidas por otras organizaciones de consumidores y colectivos varios, "son de juzgado de guardia, y no deberían tener que someterse a un procedimiento arbitral, sino que deberían elevarse por parte de la propia CNMV o el Banco de España a la Fiscalía". En línea con lo anterior, **la limitación para el acceso a un procedimiento de urgencia a "inversiones" menores de 10.000 euros supone una barrera**, para muchos injustificada, ya que este criterio deja fuera a más del 90%, al ser la "inversión" media entorno a 30.000 euros. El socio director de Arriaga Asociados sólo confiaba en que "esa minoría de afectados con nominales pequeños resolvería su problema por arbitraje". Afortunadamente, la práctica ha ampliado esa realidad a otros muchos perjudicados.

Por otro lado, atendiendo a los hechos acontecidos hasta la fecha, podemos afirmar que el ritmo de resoluciones no es el esperado, ya que se supone que todos los conflictos tendrían respuesta (positiva o negativa) a finales del año 2013. La realidad es que únicamente NGB ha dado por finalizado el proceso, quedando pendientes Bankia y CX, que en principio lo concluirán en el primer semestre del año 2014. En cualquier caso, sobre todo en el caso de Bankia, el origen del retraso parece estar detrás de la avalancha de solicitudes por parte de los afectados, si bien no debe ser una excusa y la prioridad sería poner todos los medios necesarios para dar por concluido el proceso arbitral cuanto antes.

Por último, durante el propio desarrollo de los arbitrajes, se han detectado **diversas prácticas que concuerdan más con un intento de las entidades por desalentar las demandas judiciales**, que a la búsqueda de una resolución justa entre las partes. Entre las irregularidades más notables pueden enumerarse las siguientes:

- Falta de claridad en la explicación de los razones dispuestas para declarar favorables las reclamaciones realizadas. Simplemente se admitían a trámite las solicitudes alegando que "el reclamante cumplía con todos o algunos de los criterios marcados por la Comisión de Seguimiento".

- Insuficiente información sobre los detalles que han llevado a decenas de miles

de solicitantes a la vía judicial por obtener un resultado no favorable en el trámite previo al análisis del árbitro independiente. En este caso, la frase muchas veces era simplemente la contraria a la indicada más arriba.

- Insistencia por parte de las entidades en completar ellos mismos los formularios de solicitud para evitar utilizar las palabras "fraude", "engaño", o similares. En ese sentido, cuando los reclamantes manifestaban su interés en dejar constancia por escrito de cómo se produjo realmente el engaño, desde las entidades se lo desaconsejaban encarecidamente ya que de lo contrario, decían, "en ningún caso les darían la razón en el arbitraje", coaccionando de esta manera la libertad de expresión de los afectados.

- Constatación de que muchos ahorradores con un perfil demostradamente aversivo al riesgo han recibido una inadmisión a trámite de su solicitud. Además, conviene resaltar que estos resultados desfavorables constituyen una tendencia creciente en los últimos tiempos, sobre todo en el caso de Bankia, donde parece que los recursos económicos para afrontar esta problemática se venían agotando.

- Lo anterior es marcadamente más flagrante en los casos en los que dichos pequeños ahorradores habían recibido previamente una resolución favorable de la CNMV (confirmando el engaño), y posteriormente se les denegaba el arbitraje.

- En Novagalicia Banco y Cataluña Caixa inicialmente sólo aceptaban solicitudes de afectados por preferentes, para más tarde ampliar el abanico a los de deuda subordinada, con los perjuicios evidentes que ello provocó (algunos ya habían acudido a la vía judicial cuando "se abrió la veda").

- En el caso concreto de NGB se dio la paradoja de que, en algunos casos de clientes con preferentes y subordinadas, les daban la razón (y por tanto les devolvían el dinero) por uno de los productos pero no así por el otro, en una clara incongruencia de criterio lógico, ya que se supone que si un ahorrador tiene un perfil conservador para un producto, lo tiene para el otro (ambos productos mantenían unas características muy similares de complejidad y riesgo).

4. ARGUMENTOS DE LAS ENTIDADES PARA OPONERSE A LAS PRETENSIONES DE LOS RECLAMANTES

Las entidades, en los casos en los que inadmitían a trámite las solicitudes correspondientes, fundaron su argumento de oposición en base a la firma de los contratos y test de conveniencia e idoneidad que los usuarios afectados realizaron antes de adquirir tanto las participaciones preferentes como la deuda subordinada de la entidad.

Alegaban que "la Parte Reclamante firmó el Contrato de Custodia y Administración de Valores" […] "teniendo a su disposición en

las oficinas de la entidad y en el servicio web de la CNMV el tríptico descriptivo de las Participaciones Preferentes" […] basándose en el fundamento jurídico de "Error en el consentimiento", sostiene que "no existen elementos necesarios para que se afirme la existencia de error esencial y excusable para invalidar el consentimiento prestado" por parte del demandante. Para concluir, "que el beneficio obtenido por los reclamantes durante los años de posesión" de los productos híbridos citados, hace insostenible que haya existido desconocimiento del funcionamiento de los mismos por parte de los afectados.

Lo anterior, es una constante en el intento de los representantes de las entidades de restar la responsabilidad de las partes denunciadas en el proceso de comercialización masiva ante perfiles de usuarios cuyas circunstancias personales evidencian su falta de conocimiento y análisis para reconocer las consecuencias futuras que implicaban los productos híbridos. No obstante, aunque desde ADICAE siempre hemos defendido que la mala comercialización fue generalizada y afectaba por tanto al 99% de los titulares de estos productos, puede existir una minoría de personas (normalmente vinculadas a las propias entidades) que conocían el funcionamiento de estos productos. Precisamente por este motivo, **echamos en falta que todas las respuestas a las solicitudes de arbitraje fueran razonadas, con argumentos sólidos y pruebas que permitieran valorar correctamente en qué casos hubo una demostrada comercialización engañosa y en cuáles no.**

Se ha podido constatar que, al margen del nivel de estudios-formación que poseen los afectados, siendo en su mayor parte ajenos al sector financiero, las consideraciones de adecuación del producto a la parte contratante, recaen en primera instancia en la entidad bancaria. Los propios laudos emitidos por la Junta Arbitral Nacional de Consumo han clasificado los presentes productos como "productos financieros complejos" que traen consigo la evidencia de que son impropios para clientes minoristas. Esta circunstancia se encontraba efectivamente recogida en los trípticos de la CNMV pero eso no es razón suficiente, según diversas partes interesadas y como argumento de los jueces en las sentencias favorables a los afectados, como para alegar que con esa información basta para valorar la conveniencia de un producto de este tipo y excluir de responsabilidad a la entidad comercializadora, que tiene un claro deber de trasladar al consumidor en el momento de la contratación una información clara, veraz y suficiente. Por otro lado, el hecho de que siguieran cobrando intereses los tenedores de preferentes y subordinadas (en los casos en los que así fuera porque se interrumpieron casi siempre por los malos resultados de las entidades) parece no ser motivo suficiente como para confirmar que el cliente sabía lo que había contratado, ya que una IPF también reporta intereses.

Desde que estalló el fraude, han sido miles los afectados que han formulado denuncias ante los servicios de atención al cliente de las entidades y ante la propia CNMV para denunciar la irregular comercialización de este producto, alegando falta de transparencia al no haber sido informados ni de las características de los mismos ni de sus riesgos. Esta es la razón última

por la que ADICAE siempre ha solicitado un arbitraje que pudiera dar respuesta a la cantidad ingente de afectados, que han visto reducida su capacidad adquisitiva y en los casos más dramáticos incluso dificultada la cobertura de sus necesidades más básicas.

Por último, sorprende en el ámbito de las desestimaciones de las solicitudes de los afectados, que en algunas de ellas sea comprobable su perfil conservador (en atención a su historial de ahorro e inversión previo), incluso confirmado por la CNMV en respuesta a la elevación de la reclamación ante el organismo supervisor, y que en cambio el informe de la entidad fuera no admitir a trámite la pretensión del reclamante.

5. LA ALTERNATIVA QUE RECLAMA ADICAE: UN MODELO DE ARBITRAJE UNIVERSAL

ADICAE, como asociación de Consumidores y Usuarios con 25 años de experiencia, siempre ha sido favorable, como ya se ha mencionado anteriormente, a la resolución de conflictos de manera extrajudicial antes de llegar a vía judicial, por motivos evidentes de urgencia, costes y efectividad.

La herramienta del arbitraje es un mecanismo extrajudicial interesante para la resolución de conflictos entre consumidores y empresas, pero ha de ser diseñado con garantías suficientes para los clientes. Entre esas garantías prima el carácter universal en su ejecución, circunstancia que consideramos no se ha dado en los procedimientos referidos.

En este contexto, en una carta dirigida al Ministro de Economía y Competitividad, Luis de Guindos, el 23 de enero de 2013, ADICAE propuso un modelo de arbitraje alternativo que apoyaría plenamente:

- Que el arbitraje no sea con un árbitro único sino colegiado, con varios miembros, conforme a lo dispuesto en los artículos 19.2 y 33.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

- Que sea un arbitraje colectivo, más amplio y en lugar de procesos individuales, bajo la fórmula prevista en el Real Decreto 231/2008, aunque ello fuera por acumulación de casos semejantes. De esta forma se evitarían trámites innecesarios y se propiciaría una más eficaz resolución de las cuestiones planteadas.

- Habilitar el arbitraje electrónico para personas que tengan dificultades para desplazarse desde su lugar de residencia para acudir al arbitraje.

- Que la decisión de quién puede acudir al arbitraje no dependa de la valoración de las entidades en última instancia y de su consultora privada. Reclamamos una solución amplia y generalizada y no sólo a

- Que esa "criba" o filtro previo para admitir a trámite las solicitudes de arbitraje suponga la posterior inexistencia de resoluciones negativas (laudos) al consumidor ya que si se acude al arbitraje y éste no le da la razón, el afectado ya no podría recurrir a la vía judicial con posterioridad. Esto afortunadamente ha sido un hecho

y uno de los grandes éxitos de este arbitraje, como no podía ser de otra manera en todo caso.

- Que el consumidor, tal y como está previsto en la normativa y se aplica habitualmente, disponga de la posibilidad de otorgar su representación para la asistencia a la audiencia arbitral. ADICAE en este sentido podría ocupar este papel con sus socios (circunstancia que sólo se llevó a cabo en Novagalicia Banco).

6. EL ARBITRAJE PARA LAS ENTIDADES NACIONALIZADAS: EL CASO DE BANKIA

El gobierno anunció en diciembre de 2012 la adhesión de Bankia a un procedimiento arbitral de preferentes y deuda subordinada, que se puso en marcha a mediados del presente año 2013, y que presenta las siguientes cifras:

Número de solicitudes recibidas	**183.326**
En trámite: oficinas y valoración KPMG	**11.122**
Opiniones no favorables del experto independiente	**38.044**
Opiniones favorables del experto independiente	**134.160**
Laudos favorables	**77.210**
*Datos diciembre de 2013	

En el caso de Bankia, se estima que el saldo de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada sobre los que los clientes podrían solicitar el sometimiento a arbitraje asciende a 6.231 millones de euros. Según datos de la Comisión de Seguimiento, el número total de reclamantes por la vía del arbitraje es del 75% del total de afectados, en torno al 60% si nos referimos al capital.

Es importante destacar aquí que el proceso de revisión de solicitudes de arbitraje comenzó en abril de 2013, lo que explica que aún un porcentaje importante de las mismas se encuentre aún en fase de estudio y resolución. Se estima que a lo largo del primer semestre de 2014 finalizará el procedimiento de Bankia, cumpliendo de esta manera más de un año desde su inicio, y contraviniendo las propias estimaciones de la entidad que apuntaban a los 6 meses.

Al igual que con NGB y CX, aquí hay un filtro previo mediante el cual un asesor "externo" (KPMG) criba aquellos casos en los que considera viable el arbitraje, al entender que ha habido una posible mala práctica por parte de la entidad financiera a la hora de comercializar las preferentes y las subordinadas. De este modo, el afectado solicita acogerse al arbitraje, y posteriormente este asesor externo determina si su caso es susceptible de estar sujeto a éste.

En cuanto a las pruebas necesarias para demostrar el engaño y dadas las dificultades existentes en este sentido, la mayoría de los casos favorables al ahorrador se han resuelto por el llamado "vicio de consentimiento" y no por la demostrada comercialización masiva. Esto significa que el ahorrador creía estar comprando otra cosa diferente a la participación preferente o la deuda subordinada. Un

elemento clave en este aspecto es el perfil del cliente. Una persona que en su vida sólo ha contratado depósitos a plazo, a la que no se le presuponen conocimientos de finanzas y que de repente coloca gran parte de sus ahorros en estos productos complejos y de riesgo, es presumible que pensase que estaba comprando otra cosa, por lo que el perfil del cliente y su historial son elementos fundamentales, pero no son los únicos.

Previamente a esta fase, se establecen los criterios de selección para la posterior consideración del asesor "independiente", mediante:

- La creación de una comisión de seguimiento de estos procedimientos de arbitraje. Esta se encargaba de fijar los criterios para crear un filtro que decidiera qué afectados entrarían o no entrarían en el arbitraje después de haberlo solicitado. En origen, esta Comisión fue creada en torno al arbitraje de Bankia pero finalmente, y en teoría, fijó los criterios de acceso de las tres nacionalizadas.

- En esta comisión están representados varios agentes, entre los que se encuentran el Banco de España y la CNMV (que preside la comisión), y que recordemos fueron responsables de la supervisión de la comercialización y el control de estos productos, no evitando el mayor fraude al ahorro de la historia de España.

En Bankia, se estableció lo que llamaron un procedimiento rápido para colectivos "especialmente vulnerables", que en teoría tuvieron prioridad para acceder al arbitraje, aunque estos datos concretos no han sido públicos. Éste consistía en resolver primero las controversias cuya cuantía no superara los 10.000 euros, reduciendo de esta manera a una minoría los beneficiarios de este mecanismo aparentemente más ágil (recordemos que la media de ahorros atrapados en estos productos es de en torno a 35.000 euros). Por otro lado, los criterios tenidos en cuenta iban en la línea de priorizar los casos de afectados con menor nivel de ingresos, de edad avanzada en el momento de la contratación, con especiales cargas familiares, que carecieran de experiencia o formación financiera, o que tuvieran una mayor proporción de los ahorros "invertidos" en estos productos. Se da la circunstancia de que prácticamente todos los afectados reunían las condiciones señaladas, por lo que podíamos esperar una resolución global favorable para todos ellos, que en ningún caso se ha producido. Además, existen casos de afectados que no entran en casi ninguno de estos requisitos y fueron igualmente engañados con total abuso de confianza del personal de la entidad (gente joven, incluso con estudios universitarios – tener una carrera de Historia o Magisterio no te asegura conocimientos financieros específicos - , o personas que habían contratado acciones y que sabían lo que éstas implicaban pero no así un producto tan poco conocido hasta la fecha por parte de ahorradores como son las preferentes o las subordinadas).

Una vez se conocen las quitas aplicadas a los titulares de estos productos en el caso de Bankia (cercanas al 40%) y su canje obligatorio por acciones, que implica inicialmente una pérdida sobrevenida, la alternativa que tienen los afectados que deciden no acudir al arbitraje o cuya solicitud en el mismo es desestimada, es la vía

judicial. Ha quedado de manifiesto por parte de multitud de organizaciones sociales, instituciones y autoridades españolas y europeas, que estamos hablando de un problema global que afecta a cientos de miles de familias en nuestro país. Es por ello por lo que desde ADICAE consideramos fundamental contrarrestar este conflicto mediante acciones colectivas, que permitan además un acceso universal a la justicia por sus menores costes. De la misma manera, que pongan de manifiesto la necesidad de acudir de la mano ante los tribunales, cuando las malas prácticas de la banca (o cualquier otro sector) son generalizadas y responden a protocolos de comercialización comunes ante clientes con perfiles casi idénticos. Por tanto, una vez que se hayan resuelto todos los casos posibles por la vía del arbitraje, confiamos en que las demandas judiciales colectivas prosperen y tomen un impulso, equiparándose cuanto menos a las acciones judiciales colectivas de otros países de la UE donde no se ponen tantas trabas a este tipo de demandas.

7. ARBITRAJE DE CATALUÑA CAIXA

Para analizar el caso específico de Catalunya Caixa y la articulación del arbitraje resulta interesante analizar previamente cuál ha sido el volumen de comercialización de participaciones preferentes y deuda subordinada por parte de las entidades que conforman el grupo. En este sentido, entre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Caixa d'Estalvis de Tarragona y Caixa d'Estalvis de Manresa han comercializado unos 510 millones de euros en participaciones preferentes y más de 1.200 millones en deuda subordinada a un total de 118.131 usuarios, que han sido afectados por los canjes obligatorios y quitas del FROB.

Dada la situación generada por la comercialización de estos productos, en el último trimestre del año 2012 se habilitó el acceso al arbitraje para aquellos usuarios que tenían participaciones preferentes y deuda subordinada perpetua, hecho que excluía de este sistema a usuarios que fuesen tenedores de deuda subordinada con vencimiento y de ahí uno de los motivos de la crítica que argumenta que el arbitraje no ha sido de acceso universal. Estos últimos, sólo pudieron solicitar el acceso al sistema arbitral entre el 18 de abril, tras la publicación de los criterios que estableció el FROB para el acceso a este sistema, y el 12 de julio de 2013.

Las cifras que ha dejado este proceso a finales de 2013 (sigue en curso) según la Comisión de Seguimiento, son las siguientes:

- Solicitudes de arbitrajes: 107.843
- Solicitudes de arbitrajes aceptadas: 37.176
- Solicitudes de arbitraje NO aceptadas: 9.114
- Laudos resueltos favorablemente: 12.055
- Laudos resueltos desfavorablemente: 0
- Cantidad de dinero devuelto: 348 millones de euros

De las mismas, se pueden extraer varias conclusiones. En primer lugar, solamente el

34% de los usuarios tenedores de estos productos ha podido recuperar el dinero mediante un proceso de arbitraje y las cifras empeoran si miramos que parte del volumen de comercialización ha sido devuelto teniendo en cuenta que se han comercializado más de 1.700 millones de euros en estos productos, que es únicamente el 20% del mismo.

En segundo lugar resulta interesante destacar el bajo número de solicitudes de arbitrajes existentes en un primer momento. Esto era debido a que la Agència Catalana de Consum (en adelante ACC) había contabilizado únicamente las solicitudes de la propia institución que habían llegado, sin tener en cuenta todas aquellas solicitudes que fueron cumplimentadas en las propias oficinas de la entidad tras la publicación de los criterios de acceso por parte del FROB, momento en el que se habilitó un modelo de solicitud nuevo, propio y donde la misma ACC se desvinculaba de la tramitación de las mismas. Las cifras señaladas más arriba, no obstante, son las definitivas.

De este modelo propio que Catalunya Caixa ofrecía a sus clientes en el momento de informarles de las quitas que iban a sufrir, cabe destacar que en ningún caso se ha habilitado una sección en el mismo en la que el usuario afectado pudiese exponer cómo sucedieron los hechos ni cómo se desarrolló la comercialización del producto. Esto se traduce en que este experto independiente encargado de analizar los expedientes de los usuarios solicitantes y así determinar si su perfil era o no adecuado para el producto, difícilmente haya podido tener en cuenta la visión del propio afectado.

Así pues, de las cifras que ha dejado el proceso arbitral se puede concluir que se ha planteado como una alternativa que siempre ha dado la razón a aquellos usuarios que han podido acceder a un laudo arbitral pero que la articulación y acceso del mismo ha sido lo suficientemente opaca como para generar ciertas dudas sobre los criterios e imparcialidad empleados por Catalunya Caixa a la hora de aceptar las solicitudes que les llegaban.

Cuando hablamos de opacidad por parte de Catalunya Caixa y Ernst & Young sobre los criterios que han utilizado para aceptar las solicitudes de arbitraje, hacemos referencia a varias **incidencias** que se han podido observar a lo largo de este proceso.

La primera de estas incongruencias tiene que ver con aquellos usuarios a los que se les colocaron tanto participaciones preferentes como deuda subordinada con vencimiento. En estos casos, los clientes, en primera instancia, sólo podían solicitar el arbitraje por aquellos productos de carácter perpetuo, haciendo una clara discriminación entre productos, a pesar de ser en esencia lo mismo, y perjudicando claramente a los tenedores de ambos productos puesto que el perfil de la persona es exactamente el mismo comprara participaciones preferentes o deuda subordinada. Esta incongruencia es aún más notable en el momento en que los usuarios que ya habían recuperado el dinero mediante un laudo arbitral por participaciones preferentes pueden solicitar el arbitraje para la deuda subordinada con vencimiento, que aparentemente y dada la experiencia debería haber sido un mero trámite, puesto que a estos ya se les había dado la razón y se había reconocido oficialmente la existencia de mala comercialización. Pues re-

sultó no ser así, porque a muchos de estos usuarios afectados, que realizaban una segunda solicitud para recuperar el resto de capital afectado, han recibido por parte del experto independiente (Ernst & Young) una denegación para acceder a este arbitraje, y lo que es aún peor, sin facilitar ningún tipo de justificación de la inadmisión a trámite o simplemente alegando que no se aprecian motivos suficientes para proceder a su admisión.

Una segunda incongruencia en este proceso se encuentra en aquellos clientes que, habiendo acudido a la vía administrativa, han recibido informes favorables de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en los que se concluye que la entidad no ha acreditado el suministro de información completa sobre el producto e incluso que la entidad aportó información que no se corresponde con la realidad de los valores contratados, y han recibido por parte del experto independiente una denegación en la respuesta a la solicitud de arbitraje.

Por último, destacar de este proceso de arbitraje, que desde finales de septiembre e inicios de octubre de 2013 los usuarios tenedores de este tipo de productos que todavía estaban a la espera de una respuesta sobre la admisión al proceso de arbitraje que Catalunya Caixa "les ofreció" para poder recuperar las pérdidas que el FROB les impuso, han comenzado a recibir de manera indiscriminada llamadas de las distintas oficinas de la entidad. En ellas les informaban que han recibido las conclusiones del informe del experto independiente y que su solicitud de arbitraje no ha sido aceptada, sin justificar de manera alguna cuál ha sido el criterio establecido en cada caso y que ha determinado esa conclusión, puesto que inicialmente parecía tener un criterio económico que se basaba en la cantidad invertida denegando aquellas solicitudes de usuarios con más de 10.000 euros con un claro objetivo de maquillar cifras absolutas. Sin embargo, ha resultado que un gran número de usuarios con cantidades inferiores a este límite también han recibido una respuesta negativa para acceder al arbitraje.

Así pues, se podría concluir que este proceso arbitral ha sido habilitado con el claro objetivo de realizar una limpieza de imagen de Catalunya Caixa con una manifiesta intención de agrandar sus cifras absolutas aceptando a arbitraje cantidades prioritariamente pequeñas, pero que el mismo ha tenido ciertas deficiencias para el beneficio del consumidor, puesto que desde el primer momento ha existido un importante grado de discriminación en el acceso y los criterios utilizados por la entidad no han sido del todo transparentes.

8. ARBITRAJE DE NOVAGALICIA BANCO

El procedimiento de arbitraje administrativo de Novagalicia Banco dio inicio en julio de 2012 y terminó con las últimas resoluciones emitidas en agosto de 2013. Anteriormente, el 17 de junio de 2013 se cerraba el plazo para realizar la pertinente solicitud de acceso al proceso arbitral. Es el único de los arbitrajes señalados que ya ha sido finalizado.

Una vez terminado el proceso los datos oficiales constatados son los siguientes:

- Clientes de Novagalicia Banco con derecho a arbitraje: 116.660 (59.992 de participaciones preferentes, 64.783 de obligaciones subordinadas y 8.642 de obligaciones subordinadas perpetuas)

- Solicitudes de arbitraje recibidas por el Instituto Gallego de Consumo: 93.923 (51.957 de participaciones preferentes, 48.889 y 6.406 de obligaciones subordinadas perpetuas)

- Clientes de Novagalicia Banco con laudos positivos: 58.004 (33.079 de participaciones preferentes, 24.870 de obligaciones subordinadas y 4.435 de obligaciones subordinadas perpetuas)

- Solicitantes de arbitraje de Novagalicia Banco que no recibieron respuesta del procedimiento (no recibieron ninguna comunicación conforme su solicitud fue rechazada, pero al no recibir respuesta se entiende denegada): 35919. Dato que sumado al de las personas que tenían derecho al arbitraje y no lo solicitaron resulta de 58.656 personas, que no obtuvieron una solución satisfactoria de la entidad, abocadas a los tribunales para su resarcimiento.

Hay que tener en cuenta que la suma de clientes por tipo de producto, no coincide con el número total de clientes, ya que los clientes con más de una tipología de producto se estarían contabilizando más de una vez. Así, el número total de clientes no incluye duplicados. También debemos recordar que a día de hoy no hay constancia de que alguien recibiera un laudo negativo.

Los criterios utilizados para determinar el acceso o no al arbitraje han sido los siguientes:

- Criterios objetivos: falta de documentación relevante o irregularidades en la misma como la falta de firma, existencia de firma de un menor o de una persona con minusvalía psíquica, sin firma de sus tutores legales.

- Criterios de perfil inversor: se analiza al titular y a los cotitulares del producto, utilizando criterios como por ejemplo la conclusión del Test de Conveniencia MIFID, la edad, la renta y su origen, la profesión, otros productos financieros contratados, la proporción de importe reclamado sobre el total de capital personal, conducta histórica del cliente.

La consultora PriceWaterhouseCoopers (PwC) fue la designada por Novagalicia Banco para llevar a cabo el proceso de selección de clientes aptos, a los cuales se les concedería la posibilidad de realizarles una oferta vinculante, que una vez aceptada, se presentaría ante un árbitro del Instituto Gallego de Consumo.

En principio PwC se valió de los criterios objetivos en la mayoría de los casos. Pero cuando en Abril de 2013, la comisión de seguimiento del arbitraje, que se había creado recientemente, determinó cuales debían ser los criterios a seguir por las consultoras, comenzó a utilizar, en mayor medida, los referentes al perfil de inversor, para aceptar el arbitraje. Además, a partir de ese momento, seleccionó muchos más casos inferiores a

10.000 , que hasta la fecha, no eran la mayoría de los casos aceptados.

En función de este proceso se puede realizar una valoración de las distintas fases por la que atravesó el procedimiento de arbitraje en el que se vieron envueltos los afectados solicitantes: (importante no confundir nº de clientes con nº de casos).

1ª Fase: Julio-Octubre de 2012. A finales de Octubre la entidad ya había recibido 38.500 solicitudes, de los cuales ya habían solucionado 8.700 casos. Este dato podría llevarnos a pensar que fue a un buen ritmo la resolución por parte del Instituto Gallego de Consumo (IGC) en los cuatro meses anteriores, pero realizar esta valoración estaría lejos de la realidad si acudimos a detalles más precisos. El 21 de Octubre de 2012 eran las elecciones autonómicas gallegas. El 4 de Septiembre de ese mismo año, es decir, un mes y medio antes de que estas se celebraran, el IGC, según sus fuentes, indicaba que las solicitudes en ese momento ascendían a 13.300 casos. Aunque el dato más sorprendente es cuántos laudos había emitido hasta la fecha: 332. Es decir, que en el plazo que va desde el 4 de Septiembre al 25 de Octubre, el IGC había resuelto 8368 casos. Después de las elecciones los laudos registrados pasaron a ser inferiores.

2ª Fase: Noviembre de 2012-Marzo 2013. El 29 Diciembre los laudos emitidos ascendían a 10.872. Por lo que se demuestra que el ritmo de resolución fue más bajo que en el último período de la anterior fase. Tres meses más tarde, a finales de Marzo, según la Xunta, el arbitraje había devuelto el dinero a unas 15.000 personas. En total en cinco meses el IGC había resuelto más de 2.000 casos menos que en siete semanas antes de las elecciones gallegas.

3ª Fase: Abril-Junio 2013. Al fijarse los criterios por parte de la Comisión de Seguimiento la dinámica de resolución cambia. Se empiezan a acelerar las resoluciones en el IGC, llegando incluso a resolver 500 casos en un día, por lo que se empiezan a llamar a los clientes de forma más rápida que en la anterior fase. Además se le concede solución a las personas con menos de 10.000 de forma masiva. El 16 de Junio, día anterior al final del plazo de solicitud del arbitraje, ADICAE tenía conocimiento de que se había dado solución al 20% de los casos.

4ª Fase: Julio-Agosto: En este período no se realizaron más llamadas para conceder arbitraje, pero antes, a finales de Junio, ya se habían fijado las fechas del verano en que se iban a realizar las vistas arbitrales. En este período de tiempo tan corto más de 13.000 casos fueron resueltos. La quita y el posterior canje auspiciaban tal situación. Finalmente, el total de casos resueltos se situó en 37.600

Es necesario indicar que las cantidades concedidas por el arbitraje, siempre variaron en función de los intereses recibidos por el producto en cuestión. Cuánto mayor eran estos, mayor era el descuento realizado en la oferta vinculante en relación con la cantidad reclamada, y respectivamente si eran inferiores. Por lo que se descontaba la

diferencia entre la rentabilidad de un depósito y la del determinado producto.

Por otra parte, de forma excepcional, en ciertos casos, incluso se concedía la totalidad de la cantidad reclamada. Se desconoce el motivo de esta devolución íntegra, pero se pudo comprobar que la mayoría de estos casos se relacionaban con criterios objetivos.

Antes del anuncio del cese de la recepción de solicitudes y la posterior finalización de emisión de resoluciones por parte del IGC, las plataformas de afectados de diversas zonas de Galicia presionaron a todos los partidos políticos de ayuntamientos, diputaciones provinciales y al Parlamento Gallego, para que aprobaran mociones. En éstas se solicitaba la agilización o continuación del arbitraje en un primer momento o que el mismo se reactivará posteriormente. Además, alguna de estas mociones solicitaban la apertura de un procedimiento extrajudicial universal. Las mociones más destacadas fueron:

- En Ayuntamientos: En Marín (Pontevedra) el 11 de Enero, Porriño (Pontevedra) el 26 de Febrero, Pontevedra (27 de Febrero), Celanova (Ourense) 2 de Abril, A Coruña el 9 de Abril, Bueu (Pontevedra) el 7 de Junio, Santiago de Compostela el 11 de Junio, Narón (A Coruña) el 24 de Junio, Lugo el 27 de Junio, Arteixo (A Coruña) el 1 de Agosto.

- En Diputaciones Provinciales: En A Coruña 23 de Enero y Ourense el 8 de Julio. Las otras diputaciones gallegas también aprobaron mociones de apoyo a los afectados pero sin relación con el proceso arbitral.

- En el Parlamento Gallego: El 16 de Marzo de 2013 aprobó por unanimidad, una moción presentada por el PSdG, en la cual se reclamaba más medios para el arbitraje, transparencia en los criterios y asesoramiento judicial. Anteriormente, el 12 de Febrero, esa misma moción había sido rechazada por el Grupo Popular del Parlamento Gallego.

Bibliografía.

Informe de la comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada (septiembre 2013).

Datos de arbitrajes de las propias páginas webs de las entidades señaladas

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 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-3199

Estudio sobre participaciones preferentes del Defensor del Pueblo (marzo 2013) https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Preferentes.pdf

Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-3527

Resoluciones de la Comisión Gestora del FROB por las que se acuerdan acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución de los Planes de Resolución de Bankia, Novagalicia Banco y Cataluña Caixa.

http://www.frob.es/notas/20130417_resolucion.pdf

http://www.frob.es/notas/20130610_SLE_ncg.pdf

http://www.frob.es/notas/20130610_SLE_cx.pdf

Modelos de convenios arbitrales

http://www.bankia.com/recursos/doc/corporativo/20130417/preferentes/modelo-de-convenio-arbitral.pdf

Modelos de solicitud de arbitraje y resoluciones favorables (laudos positivos) e inadmisiones a trámite en las entidades nacionalizadas.

http://www.bankia.com/recursos/doc/corporativo/20130417/preferentes/formulario-de-solicitud-para-acudir-al-arbitraje-de-preferentes-y-deuda-subordin.pdf

Criterios básicos determinados por la comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada para acceder al arbitraje http://www.frob.es/notas/20130417_PREFERENTES.pdf

Informe de la CNMV sobre la revisión de la operativa de cases de operaciones entre clientes de instrumentos híbridos (septiembre 2011) http://www.eldiario.es/economia/CNMV-Bankia-incumplio-ley-preferentes-Bancaja-Caja_Madrid_0_120388869.html#documento

PROYECTO; "Por una defensa colectiva eficaz de los derechos de los consumidores"

#úneteylucha

Adicae Consumidores

@ADICAE

www.adicae.net

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD
INC INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO

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