

La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva

Vicente Pérez Daudí

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

Abstract¹

En este artículo analizo la posibilidad de que el legislador imponga un ADR, vinculante o no, de forma obligatoria a las partes de un conflicto. Para ello expongo que el derecho a la tutela judicial efectiva no tiene carácter absoluto y los requisitos que deben concurrir para que se limite, estudiando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional Italiana. Tras fundamentar la conclusión a la que llego de que se puede imponer un adr, vinculante o no, si se permite el acceso posterior a los Tribunales de Justicia para la revisión del fondo del conflicto, desarrollo de forma crítica las previsiones legislativas de imponer un adr en el ámbito de la actividad financiera y de la protección de los usuarios de las Compañías aéreas previsto en la ley 7/2017.

In this article I analyze the possibility that the legislator imposes an ADR, binding or not, compulsory to the parties of a conflict. For this I argue that the right to effective judicial protection is not absolute and the requirements that must be met to limit it, studying the doctrine of the Court of Justice of the European Union, the Spanish Constitutional Court and the Italian Constitutional Court. After substantiating the conclusion to which I arrive that an adr can be imposed, binding or not, if later access to the Courts of Justice is allowed for the revision of the merits of the conflict, I develop in a critical way the legislative provisions to impose a in the field of financial activity and the protection of the users of the airline companies provided for in law 7/2017.

Title: The imposition of ADR *ope legis* and the right to effective judicial protection

Keywords: Judicial process, ADR, mediation, arbitration, right to effective judicial protection, consumers, land transport, air transport.

Palabras clave: Proceso judicial, ADR, mediación, arbitraje, derecho a la tutela judicial efectiva, consumidores, transporte terrestre, transporte aéreo.

¹ Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto de investigación *Préstamos hipotecarios, consumidores, mediación obligatoria y online dispute resolution* (DER 2015-636940-P) del Ministerio de Economía y Competitividad.

Sumario

1. Introducción	3
2. El carácter obligatorio del ADR, vinculante o no.....	6
3. La cláusula de mediación como contenido de un contrato privado entre las partes	9
4. El derecho a la tutela judicial efectiva y la relación con otros derechos	11
4.1 El carácter no absoluto del derecho a la tutela judicial efectiva	11
4.2 El principio de proporcionalidad	13
5. La obligación legal de acudir a un ADR.....	14
5.1 La regulación legislativa.....	14
a) En España	14
b) En Italia	16
5.2 La doctrina del TJUE	18
5.3 La doctrina del Tribunal Constitucional español.....	20
5.4 La doctrina de la Corte Constitucional italiana.....	25
5.5 Conclusión. La posibilidad de imponer un ADR previo si se permite el acceso posterior a los tribunales de justicia	26
6. Análisis específico de del carácter vinculante del procedimiento de ADR en el ámbito de la actividad financiera y de la protección de los usuarios de las compañías aéreas.....	30
6.1 Transporte aéreo	32
6.2 El ámbito de la actividad financiera.....	35
7. Bibliografía.....	36

1. Introducción

El artículo 117.3 de la Constitución Española prevé que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. El Estado, al asumir la función jurisdiccional, se compromete a regular de forma eficiente el acceso a los Tribunales y regular unos procesos, de conformidad con lo previsto con los principios fundamentales, que sean eficaces para la resolución de los conflictos.

La realidad es que se tiene la percepción de que el poder judicial no es eficiente. Esta situación es común a los Estados de nuestro entorno. Así se explica que desde la Unión Europea se haya potenciado los ADR como “respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. Estas dificultades se explican por el hecho de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar”².

² Pf. 5 del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, COM (2002), 196, 19 de abril de 2002.

Una de las consecuencias de la ineficiencia de la justicia es el intento de huida de esta, que se realiza procesal o extraprocesalmente.

En el ámbito procesal el legislador regula procesos especiales o aprueba nuevas normas procesales que se integran en los procedimientos ordinarios ya existentes en un intento de huir de la aplicación de la normativa procesal general³. Con ello pretende que el proceso se tramite de forma sumaria, entendida no solo como una limitación del conocimiento del juez sino como celeridad en el tiempo. Para ello en ocasiones se opta por crear un proceso específico para resolver esta contienda. Sin lugar a duda, nos hallamos ante un síntoma de que la justicia no funciona de una forma eficaz.

La segunda opción es regular mecanismos de resolución de conflictos alternativos o complementarios al proceso judicial. Me refiero a los ADR, que pueden ser vinculantes, como el arbitraje, o no vinculantes, como la mediación o la conciliación⁴. Su regulación se relaciona la gestión del conflicto entre particulares o entre empresarios y consumidores para superar la situación de desigualdad que existe en estos últimos⁵. Pero lo que se hace es evitar el acudir a la justicia ordinaria para resolver el conflicto.

Finalmente, existe una tercera opción legislativa que consiste en administrativizar la resolución de los conflictos que surgen en sectores regulados. A título de ejemplo las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 7/2017 remiten a un ADR que debe ser resuelto por un órgano administrativo la resolución de determinados conflictos en el ámbito de la intermediación financiera y del transporte aéreo.

Las causas de la huida se centran en la ineficacia de la Justicia, pero también se argumenta en otras. Desde el punto de vista del proceso judicial se pretende potenciar los ADR para que se interpongan menos procesos judiciales⁶ y así dotar de mayor efectividad a los recursos humanos y económicos

³ A modo de ejemplo la ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de las viviendas que regula unas especialidades procesales para lograr una mayor celeridad en los procedimientos donde se solicita la recuperación de la posesión de la vivienda frente al que la ocupa sin título. Ver ampliamente el análisis que realizo en "Especialidades procesales del desalojo de una vivienda ocupada ilegalmente", en *Revista General de Derecho Procesal*, número 46, septiembre 2018.

⁴ Tal como afirma MARTIN DIZ el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva debe adaptarse a las fórmulas extrajudiciales que se están asentando en la realidad social (en *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 42. En las páginas 46 y siguientes desarrolla las bases del derecho a la tutela efectiva de la Justicia, el concepto y la estructura material del derecho a la tutela judicial efectiva integrando las opciones extraprocesales o ADR en el concepto.

⁵ En este sentido se pronuncian expresamente los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero.

⁶ El Informe sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)), Comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de julio de 2011, afirma en su conclusión 10, al analizar el impacto de la regulación italiana que "la mediación obligatoria parece alcanzar el objetivo de descongestionar los tribunales; no obstante, subraya que la mediación debe promocionarse como una alternativa viable, económica y rápida de justicia, no como un aspecto obligatorio del procedimiento judicial"

que ya existen⁷. Desde esta perspectiva es habitual relacionar la difusión de los ADR con la crisis de la jurisdicción estatal y se relaciona el tiempo de duración de uno y otro⁸. BARONA VILAR relaciona la difusión de los ADR con la inoperancia del poder judicial. Afirma que la “presencia omnicompreensiva de los Tribunales de Justicia y el Poder Judicial, fue llevando a una inoperancia del modelo de Justicia del siglo XX, como consecuencia de heterogéneos factores, culturales, económicos, sociales, sociológicos, tecnológicos, ... etc, que han incidido en la judicialización de la vida de los ciudadanos, obstaculizando, cuando no haciendo imposible, la función tuitiva del Estado a través de los Tribunales”⁹.

Desde un enfoque económico se afirma que el proceso judicial es caro¹⁰. Además del coste público del mantenimiento del poder judicial¹¹, hay que añadir el de las partes que acuden a un proceso

⁷ Resulta significativo que las disposiciones adicionales 1 y 2 prevean la creación de un ADR en materia de transporte aéreo y de servicios financieros, teniendo en el primer caso carácter obligatorio y vinculante para las compañías aéreas y en el segundo quedando indeterminado legalmente. Posteriormente analizaré esta previsión, pero los datos estadísticos nos dicen que durante el año 2017 se repartieron 5.805 demandas relacionadas con el Transporte aéreo en los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y 15.107 demandas interpuestas por personas físicas en el ámbito de las actividades financieras. De forma global las demandas presentadas en el año 2017 fueron 10.348 ante los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y 72.840 ante los Juzgados de Primera Instancia. Fuente Memoria del Juez Decano de Barcelona, año 2017, consultado en www.poderjudicial.es el 9 de diciembre de 2018.

⁸ SIRENA afirma que “la difusión de los sistemas de ADR, en la sociedad contemporánea, al menos en Europa, es hoy debida a la crisis de la jurisdicción estatal y a la desesperada necesidad de encontrar una solución a los defectos de la justicia civil ordinaria, los cuales son la irrazonable duración de los procesos, del formalismo exagerado del procedimiento, de los costes excesivos a cargo de las partes...” (en *I sistema di ADR nel settore bancario e finanziario*, en *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, número 9/2018, p. 1372).

⁹ BARONA VILAR, en *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 24.

¹⁰ ARASTEY afirma que el coste medio de un proceso judicial en España es de 8.500 € (en, “Mediación: tutela judicial efectiva. Marco legal”, versión digital consultado en www.coam.org el 7 de diciembre de 2018). En el año 2003 PASTOR PRIETO, afirmaba que el coste por sentencia en el año 2000 se situaría entre 100.000 y 120.000 pesetas en primera instancia y entre 150.000 y 180.000 pesetas en apelación, calculando la sentencia del Tribunal Supremo en el doble (en “Dilación, eficiencia y Costes. Foro sobre la reforma y gestión de la Justicia”, *Fundación BBVA*, 2003, p. 98). MARTIN DIZ afirma que el coste medio de una primera instancia en el orden jurisdiccional civil ascendería a unos 8.500 € (en “Mediación en la administración de justicia: balance actual y perspectivas de futuro”, en *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*, edit. Andavira, A Coruña, 2017, p. 71). HERRERA DE LAS HERAS establece el coste medio de un proceso judicial en España en 8.015 € (en “la mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, en *InDret*, 1/2017, enero 2017, p. 11 de la versión digital). Más recientemente ver ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Eficiencia del sistema judicial español en el contexto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2017.

¹¹ Realmente es muy complicado con los datos estadísticos realizar un cálculo del coste de un proceso judicial. AYUSO y GUILLÉN afirman que en Catalunya en el año 2009 el gasto por asunto resuelto por sentencia era de 910,74 €, por auto 219,21 y el gasto por asunto resuelto 342,30 € (en “la mediación dentro de la pirámide de litigiosidad en Cataluña: análisis de costes”, en *El libro blanco de la mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 915, tabla 10. En la tabla 11 realiza un cálculo de la malla de porcentaje del presupuesto liberado por la reducción de los asuntos resuelto en la justicia ordinaria, tomando como referencia los autos (tabla 11) y las sentencias (tabla 12). SANTOS PASTOR calculaba el coste por asunto resuelto en el año 2012 en 440 €, incluyendo en el cálculo el presupuesto de Tribunales, Fiscalía, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Justicia Gratuita. Si se aplicaba a sentencias el Coste era de 2.410 € en el año 2012 (en *Análisis de la Justicia y Reforma Judicial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 338 (al ser una obra póstuma este capítulo fue revisado y completado por Jesús Robledo Monasterio). Según La justicia dato a dato de 2017, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, el Presupuesto del Poder Judicial (sumando los presupuestos del Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas con competencia en justicia y el poder judicial) fue de 3.929.178.510 €. Se tramitaron durante el año 2017 11.202.753 procesos (incluyo los declarativos y ejecutivos iniciados en 2017 y los que estaban pendientes de resolución en

judicial¹². Consecuentemente la opción por un sistema de ADR implica un ahorro importante al Estado y que justifica la promoción de estos por parte del legislador.

Una última perspectiva es la relación futura entre las partes¹³. En ocasiones cometemos el error de considerar que en un proceso subyace un litigio, pero en realidad existe un conflicto entre partes puede derivar en una multitud de procesos. Al margen del factor económico, desde un punto de vista psicológico para las partes implica un enfrentamiento. Lo que implica que ante cualquier discrepancia se inicie un proceso judicial. Por ello es conveniente que cuando entre ellas vaya a existir una relación posterior se fomente la posibilidad de resolverlo a través de un ADR¹⁴.

Partiendo de estas premisas¹⁵ se está potenciando los ADR alternativos o complementarios al proceso judicial como método de resolución de conflictos. En este artículo analizaré la posibilidad de que se imponga como obligatorio para las partes el acudir a un ADR, desarrollando los fundamentos expuestos anteriormente, su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y la regulación legal, además de la doctrina jurisprudencial del TJUE, Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional italiana¹⁶.

2. El carácter obligatorio del ADR, vinculante o no

Una de las cuestiones que se plantea en torno a los ADR es si es posible y conveniente o no imponerlos de forma obligatoria antes de iniciar el proceso judicial o como alternativa al mismo.

2016). Se resolvieron 5.748.4110 declarativos y 1.248.498 procesos de ejecución. Partiendo de los números anteriores tomaré como referencia los asuntos resueltos. El coste por proceso resuelto es de 561,55 €.

¹² El coste de las partes en el proceso judicial no es uniforme ya que al ser la abogacía una profesión liberal no hay unos criterios reglados. Una referencia pueden ser los honorarios aprobados por los Colegios de Abogados para cuantificarlos cuando se les solicita un dictamen pericial en la impugnación por excesivos de la tasación de costas (art. 246.1 LEC) y aun así son muy dispares.

A modo de ejemplo si aplicamos los Criterios del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona aprobados el 21 de diciembre de 2009 los honorarios de un abogado por la tramitación en primera instancia de un procedimiento ordinario de cuantía indeterminada son de 5.800 € más IVA. El mismo procedimiento aplicando los criterios del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid los honorarios serían de 3.520 € más IVA (la diferencia viene determinada porque mientras el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona cuantifica un procedimiento de cuantía indeterminada en 30.000 €, el de Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid lo hace en 18.000 €, si tomamos esta cuantía en Barcelona los honorarios serían de 3.900 € más IVA). Sin embargo, en Valencia, aplicando los criterios del Ilustre colegio de Valencia, los honorarios serían de 1.800 € más IVA.

¹³ Los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia reclamaron en la reunión anual celebrada en el 2009 que se potenciase la mediación en las separaciones y divorcios contenciosos, en los procedimientos sucesorios, en consumidores, en tráfico y relaciones de vecindad, incluidos los procedimientos relativos a propiedad horizontal.

¹⁴ En este sentido se pronuncia la conclusión 14 del Informe sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)), Comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de julio de 2011.

¹⁵ Mi opinión sobre los criterios expuestos la expongo y justifico en el apartado 5.5 del artículo.

¹⁶ He tomado como referencia la legislación italiana y las Sentencias de la Corte Constitucional italiana al haberse traspuesto la Directiva 2013/11/UE imponiendo el intento de mediación con carácter preceptivo en una serie de materias, tal como desarrollo en el apartado 5.1.2 del artículo.

Además, debe distinguirse entre el ADR no vinculante, como la mediación o la conciliación, que no impide el acceso a un proceso judicial posterior, y vinculante, como el arbitraje, que excluye el acceso a la jurisdicción, salvo la interposición de la acción de anulación contra el laudo arbitral. En el texto analizaré ambos supuestos.

El legislador español no ha impuesto el intento de mediación de forma preceptiva antes de iniciar el proceso judicial¹⁷. Tanto la Ley 5/2012, de Mediación en el ámbito civil y mercantil, como la ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, no introducen el intento de mediación como preceptivo antes de acudir a un proceso judicial. Tampoco se ha realizado en otros ámbitos como el proceso de familia, que es en el que más desarrollo ha tenido la mediación en España¹⁸. Sin embargo, en algunos Estados de la Unión Europea, como Italia, han ido más allá de la previsión de la directiva y la han impuesto de forma preceptiva la obligación de las partes de acudir a una mediación, si bien limitándola a algunas materias.

La directiva no establece el carácter necesario del intento de mediación de forma previa al inicio del proceso judicial. El artículo 5.2 de la misma prevé que “la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivo o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”.

¹⁷ El 11 de enero de 2019 el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el anteproyecto de ley de Impulso de la Mediación en el que implanta como obligatoria la necesidad de acudir a la sesión informativa de mediación en los seis meses previos a la interposición de la demanda en número tasado de materias, entre las que se encuentran pequeñas reclamaciones de cantidad, herencias o asuntos de familia (nota de prensa de la Secretaría de Estado de Comunicación del Consejo de Ministros, referencia 11 de enero de 2019).

¹⁸ La reforma del Código Civil y de la LEC a través de la ley 15/2005 introdujo el apartado 7 del artículo 770 de la LEC que prevé que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”. Sobre esta el Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen del proceso de familia, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en mayo de 2008, prevé la posibilidad de derivarlo tanto en el proceso declarativo como de ejecución, efectuando recomendaciones sobre los momentos adecuados para derivar el litigio a mediación en función del momento procesal en el que nos encontremos (consultado el 15 de junio de 2010 en www.poderjudicial.es).

Sin embargo, en el ámbito del derecho de familia se están planteando iniciativas proponiendo que las partes deban acudir necesariamente a la sesión informativa de la mediación. En este sentido el Seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del derecho de familia celebrado en el CGPJ los días 17, 18 y 19 de febrero de 2010 aprobó una conclusión que proponía “la introducción de modelos obligatorios de mediación imponiendo la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa de mediación a las partes en litigio sin perjuicio de la voluntariedad del proceso de mediación por cuanto solo después de conocer en qué consiste la mediación, las partes en litigio se encontrarán en disposición de decidir de forma voluntaria si inician o no el proceso de mediación”. Al respecto ver por todos VILLAGRASA ALCAIDE, en “Nuevas aplicaciones del procedimiento de mediación familiar en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El proceso de familia en el Código Civil de Catalunya*, coord..V. Pérez Daudí, Barcelona, 2011, pp. 99 y ss.

El Proyecto de ley de mediación en el ámbito civil y mercantil de 2011¹⁹ regulaba su carácter necesario por dos motivos²⁰:

- Porque voluntariamente las partes hayan pactado una cláusula de sumisión a mediación (art. 7).
- Cuando la ley lo prevea expresamente, introduciendo un apartado 3 en el 437 LEC previendo que “en los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consista en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses siguientes a la interposición de la demanda”.

En el primer caso la obligación de acudir al intento de mediación surgía como consecuencia del pacto entre las partes. Es decir, se respeta el carácter de voluntariedad. Sin embargo, hay que plantearse varias cuestiones en relación con esta previsión:

- La inclusión de una cláusula de sumisión a mediación en un contrato de adhesión.
- La eficacia de una cláusula de este tipo cuando no se designe a un mediador ad hoc o una institución administradora de la mediación en la misma.
- El valor de la voluntad contraria a acudir al proceso mediador manifestado por una de las partes.
- El coste de la mediación.
- La eficacia procesal de la cláusula de mediación cuando se inicie el proceso judicial sin haberla intentado previamente.

La ley 5/2012, de Mediación en el ámbito civil y mercantil, de 6 de julio optó por no imponer legal el carácter obligatorio del intento de la mediación, pero mantuvo la posibilidad de que se pacte voluntariamente.

También debe reseñarse el Anteproyecto de ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 14 de enero de 2019. Este no se ha presentado al Congreso de los Diputados debido a la convocatoria de elecciones Generales por el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones generales. Sin embargo, es muy interesante porque se imponía el carácter preceptivo del intento de mediación antes de acudir al proceso judicial cuando éste tuviera por objeto una serie de materias.

Este debate se ha ampliado a la imposición legislativa de los ADR vinculante, como el arbitraje, para alguna de las partes. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero,

¹⁹ Este proyecto de ley no fue aprobado porque se convocaron las elecciones generales celebradas el 20 de noviembre de 2011 y se disolvieron las Cortes Generales. Posteriormente el Gobierno aprobó un Real Decreto Ley 5/2012, ratificada como ley 5/2012, de 6 de julio, que toma como referencia el anterior proyecto de ley, pero eliminando algunos aspectos como el intento de mediación obligatoria.

²⁰ El Real Decreto Ley de Mediación ha suprimido la obligación legal de acudir al intento de mediación. Sin embargo, regula la sumisión al intento de mediación en el artículo 6.

declara inconstitucional y nulo el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro que impone el arbitraje en el seguro de defensa jurídica a la entidad aseguradora si el tomador decide acudir a este ADR. El Tribunal Constitucional adopta su decisión por mayoría, pero en tres votos particulares, suscritos por cuatro magistrados, se plantea la constitucionalidad de la norma. Más recientemente la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, prevé en sus disposiciones adicionales primera y segunda un ADR vinculante para las entidades financieras y las compañías aéreas en el ámbito de la actividad financiera y del transporte aéreo respectivamente.

A continuación, analizaré la posibilidad de pactar el acudir a mediación y si se puede imponer legalmente la obligación de acudir a un ADR, vinculante o no, y su tratamiento procesal.

3. La cláusula de mediación como contenido de un contrato privado entre las partes

Habitualmente en el comercio internacional se pacta una cláusula de cierre en los contratos en la que se incluye una sumisión a los tribunales de un Estado determinado o a arbitraje. Es posible que en la misma también se incorpore la previsión de que en caso de que surja un conflicto se intente con carácter previo la mediación entre las partes.

En el ámbito de los negocios entre iguales, bien sean particulares o empresas, no se planteará ningún problema salvo que nos hallemos ante un contrato de adhesión. Es decir, aquellos que han sido redactados e impuestos unilateralmente por una de las partes a la otra y que ésta se ha visto obligado a aceptar sin haber negociado y aceptado individualmente las cláusulas del contrato²¹.

Como he indicado anteriormente un carácter esencial de la mediación es su voluntariedad, por lo que si la acepta libre y voluntariamente la cláusula será válida. Por el contrario, si la misma ha sido impuesta unilateralmente es nula. Pero ello lo será al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación²².

En este contexto el artículo 6.2 de la ley de Mediación prevé que “cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse

²¹ En este sentido ARIAS RODRIGUEZ advierte que “mayores dificultades presentan las cláusulas contractuales de recurso a la mediación... pero no siempre el sometimiento contractual de mediación es fruto de la libertad concorde de ambas partes, ya que bien puede ser que una la que inserte dicha cláusula de sumisión en un contrato de adhesión, sin haber sido negociada individualmente”. A continuación, critica que la Directiva no se haya pronunciado sobre la validez de las mismas, proponiendo que “tal vez, la vía a seguir pases por concederlas valor jurídico, pero condicionándolo a que colme determinados presupuestos que garanticen indubitadamente que la cláusula ha sido pactada individualmente, destacándose así separadamente en el contrato, como así la aceptación expresa por las partes contratantes” (en “Reflexiones acerca de la directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en Revista del Poder Judicial, número 88, 2009, pp. 159 y 160).

²² Sobre este tema, pero aplicado al convenio arbitral, ver ampliamente mi artículo “La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión”, en *Revista Jurídica de Catalunya* 2007-4, pp. 77 y ss.

sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”²³. Es decir, tomando como punto de referencia la voluntariedad de la mediación, la parte que entienda que la cláusula es nula tendrá la obligación de acudir al procedimiento de mediación, pero en la primera sesión podrá manifestar que se retira porque considera que la misma es nula.

También se plantea si es necesario que la parte actúe de conformidad con la previsión legal y las consecuencias procesales. Es decir, si la parte, que no está conforme con la validez de la cláusula de mediación no comparece a la reunión informativa, qué efecto tendrá. El artículo 18.2 del Proyecto de Ley de Mediación de 2011 preveía que “en los supuestos de mediación obligatoria, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia de al menos una de las partes”. En la Ley de Mediación aprobada este precepto desapareció, pero entiendo que de conformidad con lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley de Mediación debe entenderse que se ha desistido de la mediación solicitada. La única repercusión negativa que podría derivar sería la imposición del coste de la mediación si finalmente se le impusieran las costas en el proceso judicial.

Otra cuestión que se suscita sería si la parte que considera que la cláusula es nula por estar incluida en un contrato de adhesión puede iniciar un proceso judicial. La ley de Mediación no realiza previsión alguna, por lo que se plantea la cuestión de cuál debería ser la posible solución procesal. Análogamente podría aplicarse la regulación prevista para el arbitraje. En este caso el artículo 11 de la Ley de Arbitraje prevé que “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Sin embargo, no lo considero conveniente porque la mediación, o el intento de mediación, no es un equivalente jurisdiccional. Por ello considero que debería habilitarse un instrumento procesal para que se suspenda la continuación del proceso declarativo hasta que se hubiera intentado la mediación.

En Italia esta cuestión se resuelve en el artículo 5.5 del Decreto Legislativo 28/2010 que prevé que sea la parte la que lo alegue en la primera actuación que realice ante el Tribunal y no puede ser apreciada de oficio²⁴. Tal como afirma CUOMO ULLOA nos hallamos ante una hipótesis de caducidad, con lo cual no se podrá alegar esta excepción posteriormente²⁵.

En España considero que el Tribunal no podrá apreciar de oficio la sumisión de la cuestión litigiosa a mediación, sino que será la parte la que deberá alegarlo. De *lege data* deberá realizarse en el momento de contestar a la demanda a través de la alegación de una excepción procesal o bien recurriendo en reposición contra el Decreto de admisión de la demanda. Sin embargo, de *lege*

²³ Ver el análisis que realizan sobre las cláusulas de mediación GINEBRA y TARABAL, en “la obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 4/2013, octubre.

²⁴ Tal como afirma BATTAGLIA nos hallamos ante una excepción en sentido propio y la expresión “en la primera defensa” debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de primer acto defensivo presentado (en *La mediazione nelle controversie civile e commerciale*, coordinado por CASTEGNOLA e DELFINI, editorial CEDAM, p. 108).

²⁵ CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, edti. Zanichelli, Turín, 2011, p. 174, nota 195.

ferenda sería conveniente que se articulara algún mecanismo procesal para que se pudiera alegar de forma previa a la contestación a la demanda de forma similar a lo previsto en el caso de la existencia de una clausula arbitral²⁶. Si acudimos analógicamente a ésta no es por considerar que nos hallamos ante la misma institución, sino porque en ambos casos existe un pacto entre las partes de solucionar el conflicto a través de un mecanismo extrajudicial, si bien en el caso del arbitraje implica la exclusión del conocimiento por los órganos jurisdiccionales estatales.

Al margen de ello y desde un punto de vista civil el demandado podrá exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al demandante que no hubiera acudido previamente a mediación al amparo del incumplimiento contractual.

4. El derecho a la tutela judicial efectiva y la relación con otros derechos

4.1 El carácter no absoluto del derecho a la tutela judicial efectiva

Un aspecto esencial que debe ser tenido en cuenta para valorar la posibilidad y conveniencia de imponer un ADR obligatorio es la relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Este está reconocido como fundamental por la totalidad de los textos constitucionales y tratados relacionados con los Derechos Humanos. Así se regula en el artículo 24 de la Constitución Española, en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el mismo no tiene carácter absoluto y así lo han declarado la totalidad de los Tribunales que han interpretado este derecho fundamental.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 21 de noviembre de 2001, asunto Fogarty contra el Reino Unido. En el pf. 33 declara que:

“el derecho de acceso a los tribunales no es absoluto: se presta a limitaciones que se admiten implícitamente porque, por su propia naturaleza, exigen una regulación por parte del Estado. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación al respecto. Sin embargo, le corresponde a la Corte tomar una decisión final sobre el cumplimiento de los requisitos de la Convención; debe estar convencido de que las limitaciones aplicadas no restringen el acceso ofrecido a la persona de una manera o en un punto tal que la ley se vea afectada en su esencia misma. Además, tales limitaciones son reconciliables con el Artículo 6 § 1 solo si tienen un objetivo legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (Waite y Kennedy v. Germany [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I, § 59)”.

Añade en el pf. 43 que “el Tribunal debe determinar primero si la limitación persigue un objetivo legítimo”.

²⁶ El apartado 2 de la disposición final 2ª del Real Decreto Ley de Mediación, modifica el artículo 39 de la LEC, para permitir que se alegue la sumisión de la cuestión litigiosa a mediación a través de la declinatoria.

El TEDH reitera esta doctrina jurisprudencial en la Sentencia de 14 de diciembre de 2006, caso Markovic y otros contra Italia. En el pf. 99, pronunciándose sobre el derecho de someter un litigio a un Tribunal que responda a las exigencias del artículo 6.1 de la CEDH declara que:

“Sin embargo, este derecho no es absoluto. Puede prestarse a restricciones legítimas tales como plazos legales de prescripción, ordenanzas que prescriben el pago de una caución iudicatum solvi, reglamentaciones relativas a menores de edad o discapacitados mentales (Sentencias Stubbings y Miloslavsky contra Reino Unido, 13 julio 1995, serie A núm. 316-B, pg. 80-81, aps. 62-67; Golder previamente citada, pg. 19, ap. 39). Cuando el acceso de la persona al tribunal está restringido por la Ley o en los hechos, el Tribunal examina si la restricción afecta a la sustancia del derecho y, en particular, si persigue un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (Ashingdane contra Reino Unido , Sentencia de 28 mayo 1985, serie A núm. 93, pgs. 24-25, ap. 57). Si la restricción es compatible con estos principios, no hay violación del artículo 6 (Sentencia Z y otros previamente citada, aps. 92-93)”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 15 de junio de 2006, asunto, C-28/05, pf. 75:

“los derechos fundamentales, a los que pertenece el respeto del derecho de defensa, no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados”.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional ha afirmado en la Sentencia 220/1993, de 30 de junio, fundamento jurídico 2, que:

“Conviene comenzar por recordar que si el art. 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos « el primer contenido de dicho derecho en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y , como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas » [(TC 115/1984, por todas]. Habiendo puesto de relieve también la jurisprudencia de este Tribunal que el derecho de acceso al proceso, en cuanto primera manifestación del derecho reconocido en el art. 24.1 CE, entraña el deber para el ciudadano de cumplir con los presupuestos procesales legalmente establecidos, pues el derecho a obtener la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto e incondicional, sino un derecho de configuración legal que se satisface no sólo cuando el Juez o Tribunal resuelve sobre las pretensiones de las partes, sino también cuando inadmite una acción en virtud de la aplicación, razonada en Derecho y no arbitraria, de una causa legal (SSTC15/1985, 34/1989, 164/1991, 192/1992, 28/1993 y 101/1993, entre otras)”.

Es decir, los Tribunales Constitucionales y de protección de los derechos fundamentales reconocen que se puede restringir el derecho a la tutela judicial efectiva ya que no es un derecho absoluto. Lo que hay que analizar es cuáles son los derechos o intereses implicados y realizar un juicio de ponderación²⁷.

²⁷ Tal como afirma BARNES el principio tiene carácter relativo, “del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso, según la relación de medio a fin de que, eventualmente, guarde el límite

4.2 El principio de proporcionalidad

Tal como afirma GAVARA “el principio de proporcionalidad en un sentido amplio implica el análisis de los tres controles utilizados por el Tribunal Constitucional para determinar si las decisiones normativas que limitan los derechos fundamentales son o no contrarios a la Constitución”. El primero es el control de idoneidad en virtud del cual se analiza si sirve para alcanzar la finalidad de la regulación. El segundo es el control de necesidad que determina la imprescindibilidad de la intervención. Y el tercero es el control de proporcionalidad²⁸.

GONZÁLEZ BEILFUSS analiza la evolución de la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tras analizar la aplicación del test alemán de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional estudia los tres criterios que son tenidos en cuenta para analizar la constitucionalidad de una ley que restrinja algún derecho fundamental²⁹. Concluye que:

- El requisito de idoneidad se cumple siempre que dicha medida contribuya a acercar la consecución de la finalidad perseguida, sin que sea necesario que lo haga de la forma más eficaz o efectiva³⁰.
- Sobre la necesidad afirma que “en el caso del legislador su posición constitucional y el principio democrático obligan a reducir sensiblemente la densidad de control del juicio de necesidad, en la medida en que la elección de una medida en lugar de otra alternativa suele entrar fácilmente en la libertad de configuración que dispone el legislador”³¹.
- En relación con la proporcionalidad afirma que “el Tribunal acostumbra a exigir que la medida objeto de control fuese “proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

En el capítulo siguiente analizaré las previsiones legales que existen de la obligatoriedad de acudir a un ADR, la doctrina jurisprudencial y la conclusión a la que llego aplicando los controles del principio de proporcionalidad.

o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer” (en “el principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, número 5, septiembre-diciembre 1998, p. 17).

²⁸ GAVARA, en “el principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos Fundamentales”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 16/2003, BIB 2003\1386, p. 11 de la versión digital. Ver ampliamente el análisis que efectúa GONZALEZ BEILFUSS, *el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2015. En el capítulo III analiza la introducción del test alemán de proporcionalidad a mediados de la década de los noventa y en su apartado 2 los elementos, que son los indicados en el texto.

²⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, loc. cit.

³⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, op. cit., p. 6 de la versión digital del capítulo III.

³¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, op. cit., p. 7 de la versión digital del capítulo III.

5. La obligación legal de acudir a un ADR

A continuación, analizaré la regulación legislativa de la obligación legal de acudir a un ADR. Debo advertir que me centraré en la mediación ya que es el adr que se ha impuesto como obligatorio en alguno de los Estados de la Unión Europea al trasponer la directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pero también haré referencia al analizar la regulación española la imposición del arbitraje obligatorio en algunas materias y las Sentencias del Tribunal Constitucional español que se han pronunciado sobre las mismas³².

5.1 La regulación legislativa

a) En España

El Proyecto de ley de Mediación modificaba la disposición final segunda, apartado 11 el artículo 437.3 LEC, dándole la siguiente redacción: “en los casos del apartado 2 del artículo 250, no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompaña acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición”³³. La finalidad de esta previsión era divulgar el conocimiento de la mediación obligando a las partes a que acudan a una sesión informativa sobre las ventajas de la mediación. Esta previsión desapareció en la Ley 5/2012, de Mediación en el ámbito civil y mercantil, y tampoco está en la ley 7/2017, relativa a la Resolución Alternativa de litigios en materia de consumo.

La primera observación que se realizaba al Proyecto es que se limitaba a imponer el carácter necesario del intento de mediación en los juicios verbales a los que alude el artículo 250.2 LEC. Es decir, el juicio verbal que debía tramitarse por razón de la cuantía. Desde un punto de vista práctico se hubiera planteado cómo se aplicaba esta previsión a los procesos monitorios de cuantía inferior a 6.000 €. Finalmente, al no haberse previsto el intento de mediación obligatoria no se ha planteado la cuestión de cómo afectaba, pero si en un futuro se realiza tendría que regularse estos aspectos que pueden ser considerados accesorios pero que serán necesarios para evitar lagunas legales.

Esta previsión fue criticada por el Informe del Consejo General del Poder Judicial ya que por un lado supone restaurar el antiguo régimen de la conciliación obligatoria previa a la demanda del artículo 460 LEC 1881 y que fue eliminado en virtud del artículo 8 de la ley 34/1984. Por otro lado, porque “es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad”³⁴. Del mismo modo BARONA VILAR criticaba esta posibilidad afirmando que “convertir la mediación en obligatoria es perder la esencia de la misma”, y concluye afirmando que “hacer de ella un mecanismo forzoso refuerza su condena al fracaso y

³² Ver apartado 5.3 del trabajo.

³³ Este proyecto de ley decayó por la disolución de las Cortes Generales debido a la convocatoria de las elecciones generales que se celebraron el 20 de noviembre de 2011.

³⁴ Informe del CGPJ, pp. 185 y ss. de la versión online.

otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar”³⁵.

En mi opinión la opción legislativa era muy discutible. Imponer la mediación previa con carácter necesario en las reclamaciones de cantidad de cuantía inferior a 6.000 € no contribuiría al fomento y difusión de la mediación, además de desconocer el carácter voluntario de la mediación. Finalmente, no creo que contribuyera a disminuir la litigiosidad, ya que tal como afirma BOVE “siempre habrá una parte que querrá aprovecharse de la lentitud (de la justicia estatal)”³⁶.

En Catalunya el art. 8 de la Ley 20/2014, del 29 de diciembre, de modificación de la ley 22/2010, del 20 de julio, del Código de consumo de Catalunya, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 31 de diciembre de 2014, añade el artículo 132-4, que lo titula como créditos o préstamos hipotecarios. En el apartado tercero preveía que:

“las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse a arbitraje. Una vez transcurrido el término de ese mes a contar desde la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber conseguido un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial”.

Con la adición del artículo 132-4 del Código de Consumo de Catalunya el legislador introduce la obligación de acudir a la mediación en las reclamaciones relacionadas con créditos y préstamos hipotecarios antes de acudir a la reclamación administrativa o presentar una demanda judicial. El texto legal prevé que las partes no podrán presentar la demanda judicial hasta que transcurra el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación³⁷.

Este precepto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno Recurso de Inconstitucionalidad 5459-2015. La Sentencia del pleno 54/2018, de 24 de mayo declaró inconstitucional este precepto motivándolo en que regulaba un presupuesto procesal y “resulta incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias, al invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE)” (fundamento jurídico 7).

Más allá de esta declaración de inconstitucionalidad debo hacer dos precisiones:

- Una es que en el auto 72/2016, de 12 de abril, el Tribunal Constitucional alzó la suspensión de este precepto al considerar que “Ni el perjuicio así enunciado, que resulta meramente hipotético, ni la dilación en el acceso a la jurisdicción que pueda implicar el plazo de tres

³⁵ BARONA VILAR, en “la incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia”, en Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés, coord.. Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 1, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, pp. 245 y 246.

³⁶ BOVE, *La mediazione por la composizione delle controversie civili e commerciali*, edit. CEDAM, Milán, 2010, p. 347.

³⁷ Ver el análisis que efectúe en “la mediación en el proceso de ejecución hipotecaria”, en Justicia, 2017-1, pp. 263 y ss.

meses, frente a la posibilidad de una más pronta solución del conflicto por vía extrajudicial, constituyen elementos que justifiquen el mantenimiento de la suspensión”.

- Por otro que si bien es cierto que el artículo 132-4 del Código de Consumo de Catalunya ha sido declarado inconstitucional, sigue en vigor el artículo 132-2 del mismo texto legal que prevé la posibilidad de que las partes de mutuo acuerdo acudan a mediación para resolver los conflictos de consumo.

Como previsión de futuro nos hallamos ante las disposiciones adicionales primera y segunda regulan un procedimiento de resolución alternativa de los litigios en el ámbito de la actividad financiera y de protección de los usuarios del transporte aéreo que tendrá carácter obligatorio para las entidades financieras y compañías aéreas respectivamente³⁸.

b) En Italia

En Italia la trasposición de la directiva 2008/52/UE se ha realizado imponiendo la obligación de acudir a la mediación antes de iniciar el proceso judicial de forma preceptiva en algunas materias³⁹. El gobierno, actuando con competencia legislativa delegada en el artículo 60 de la ley 69/2009, aprobó el Decreto Legislativo 28/2010. En su artículo 5 establecía la obligación de intentar la mediación antes de iniciar un proceso judicial que tuviera por objeto la copropiedad, derechos reales, la división de cosa común, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, administración de bienes, daños derivados de responsabilidad médica o seguros, la difamación a través de periódico o de otro medio de publicidad, los contratos de seguro, bancarios y financieros. Se excluía la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación.

En la exposición de motivos del Decreto se justificaba la imposición de la mediación como obligatoria en el proceso civil afirmando que cuando tiene este carácter en otros órdenes jurisdiccionales, como en el ámbito de las telecomunicaciones, las que acaban con un acuerdo son cercanas al 80%. Sin embargo, en el proceso civil en el que ya existía como posibilidad en el ámbito del proceso societario sólo se habían celebrado 150 durante el año 2007⁴⁰. También se ha afirmado que se debe imponer para que los abogados, que en principio son contrarios a la mediación, experimenten con ella⁴¹. Por último, BOGGIO pone de manifiesto como el legislador no intenta potenciar la mediación, sino derivar los asuntos de los órganos judiciales ya que cuando se acude al arbitraje no es necesario intentar previamente la mediación⁴².

³⁸ Estas disposiciones adicionales las analizaré al final de este estudio.

³⁹ Ver la exposición que realiza DALFINO de la evolución de la mediación en Italia y la trasposición de la directiva 2008/52/CE, en *Mediazione civile e commerciale*, edit. Zanichelli, Turín, 2016, pp. 84 y ss.

⁴⁰ PALO, D'URSO, GABELLINI, en *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione, procedura e tecniche*, Milán, 2011, pp. 3 y 4.

⁴¹ COMBA, en “Nociones esenciales, técnicas y sugerencias”, en *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán, 2011, p. 15.

⁴² BOGGIO, en “la disciplina generale de la mediazione e della conciliazione nell'ordinamento italiano”, en *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán, 2011, p. 292.

Cuando se aprobó el Decreto Legislativo 28/2010 se plantearon dudas sobre la constitucionalidad del carácter obligatorio de la mediación, los argumentos son que: impiden el derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de obligar a las partes a acudir a una mediación previa: el coste de la mediación que la parte debe asumir, lo que puede implicar un obstáculo para el acceso a la justicia; y que el Gobierno ha cometido un exceso al regular en el Decreto Legislativo la mediación obligatoria ya que no estaba prevista en el artículo 60 de la ley 69/2009, de delegación al Gobierno para la redacción del Decreto de mediación⁴³. La Corte Constitucional italiana ya había declarado la legitimidad de disposiciones que prevén formas de jurisdicción condicionada como en materia de transporte ferroviario o servicio postal que subordinaban el acceso a la jurisdicción la previa reclamación administrativa y el intento obligatorio de conciliación en las controversias de trabajo o en materia de telecomunicaciones⁴⁴.

Finalmente, la Sentencia de la Corte Constitucional Italiana 272/2012, de 24 de octubre declaró la nulidad de la previsión del artículo 5 del Decreto Ley 28/2010 por haberse excedido el ejecutivo en la delegación legislativa.

En Italia se aprobó posteriormente la ley 98/2013, que convirtió en ley el Decreto 69/2013, de 21 de junio, que modifica la ley 28/2010 y vuelve a dar un nuevo redactado al artículo 5, que se había declarado inconstitucional. El legislador vuelve a establecer el intento de mediación como condición de procedibilidad antes de iniciar un proceso que tenga por objeto las materias indicadas anteriormente.

Cuando en Italia se traspone la directiva 2013/11, a través del Decreto legislativo el 6 de agosto de 2013, número 130, se establece el intento de mediación como condición de procedibilidad cuando nos hallemos ante un contrato de servicios⁴⁵.

Esta regulación fue objeto de una gran controversia en Italia, que provocó que dos Tribunales interpusieran varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, que analizamos en el siguiente apartado.

⁴³ Sobre la problemática en Italia ver ARMONE ("Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti", en *Le Società*, 5/2010, pp. 622 y ss), CUOMO ULLOA (op. cit., pp. 93 y ss., en especial p. 97), CAPONI ("La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità", en www.judicium.it), MANDRIOLI y CARRATTA (*Diritto Processuale Civile*, tomo III, Turín, 2011, pp. 470 y ss. y nota 9) y SCARSELLI ("L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. leg. 28/10", en *Foro Italiano*, 2011, V, p. 54).

⁴⁴ Ver DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 87.

⁴⁵ El decreto legislativo de 6 de agosto de 2013 modifica el Código de Consumo, Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, número 66, y en el artículo 142 se remite a lo previsto en el artículo 5, apartado bis 1, del Decreto Legislativo 28/2019, estableciendo el intento de mediación como condición de procedibilidad cuando nos hallemos ante un contrato de servicios.

5.2 La doctrina del TJUE

El TJUE se ha pronunciado en dos ocasiones sobre si la obligación legal de acudir a un intento de mediación o de conciliación antes de iniciar un proceso judicial se adecúa o no al Derecho de la Unión.

La primera fue en la sentencia de 19 de marzo de 2010, que resuelve las cuestiones prejudiciales acumuladas la C-317/08, 318/08, 319/08 y 320/08, asunto Alassini y en ellas los jueces italianos plantean si la regulación italiana que establecía el intento obligatorio de conciliación en materia de comunicaciones electrónicas previo al inicio del proceso judicial (Decreto Legislativo número 259, de 1 de agosto de 2003, relativo al Código de las comunicaciones electrónicas) era contraria al principio de tutela judicial efectiva, alegando la aplicación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La segunda sentencia dictada por el TJUE es la de 14 de junio de 2017 y resuelve la cuestión prejudicial C-75/16, asunto Menini. El Tribunal ordinario de Verona plantea la cuestión de si es contraria a la Directiva 2013/11 la imposición del intento de mediación como obligatorio antes de iniciar el proceso judicial.

El TJUE, en la sentencia de 18 de marzo de 2010, asunto Alassini, fija la interpretación de cuándo debe considerarse al derecho de la Unión la obligación de acudir a un adr como condición de procedibilidad de un proceso judicial. Con carácter previo recuerda la autonomía procesal de los Estados miembros para configurar la regulación procesal (pf. 47) y en la cuestión planteada exige que no haga imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva confiere a los justiciables (pf. 53). A continuación, nos indica los requisitos que deben concurrir de conformidad con el derecho de la Unión, que son:

- Que el resultado del procedimiento, que en este caso era la conciliación, no sea vinculante para las partes, y que por lo tanto no afecte a su derecho a un recurso judicial (pf. 54).
- Que el adr no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial (pf. 55).
- Que se interrumpa la prescripción (pf. 56).
- Que los gastos que generen los adr no sean significativos (pf. 57).
- Que se permite el ejercicio de los derechos conferidos, incluso para aquellos justiciables que no dispongan de acceso a internet, con lo que exige que se pueda acudir a la conciliación por otro medio que no sea el electrónico (pf. 58).
- Plante la posibilidad de que se puedan adoptar medidas provisionales en los supuestos excepcionales en que la urgencia lo exija (pf. 60).

Finalmente concluye en el pf. 60 que “la normativa nacional de que se trata en el procedimiento principal respeta el principio de efectividad, siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija”.

A continuación, analiza el principio de la tutela judicial efectiva y reconoce que es un principio general de la Unión, tanto por resultar de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como por haber sido consagrado por los artículos 6 y 13 del CEDH y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (pf. 61). Siendo importante este reconocimiento, es esencial que recuerde que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, sino que pueden ser objeto de restricciones “siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y que no impliquen una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (pf. 63).

En el caso concreto el TJUE declara en el pf. 65 que no resulta desproporcionada la exigencia de acudir a una conciliación previa al inicio del proceso judicial porque “por una parte (...) no existe una alternativa menos severa a la aplicación de un procedimiento obligatorio, puesto que el establecimiento de un procedimiento de solución extrajudicial meramente facultativo no constituye un medio igualmente eficaz para alcanzar dichos objetivos. Por otra parte, no existe una desproporción manifiesta entre tales objetivos y los inconvenientes eventualmente ocasionados por el carácter obligatorio del procedimiento de conciliación extrajudicial”.

Esta doctrina jurisprudencial fue posteriormente reiterada por el TJUE en la Sentencia de 14 de junio de 2017, asunto *Menini*, C-75/16. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial que planteó el Tribunal Ordinario de Verona en el que preguntaba sobre la interpretación de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y la obligación de intentar la mediación antes de iniciar un proceso judicial cuando nos hallemos ante un contrato de servicios.

En esta resolución el TJUE recuerda que “lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial” (pf. 51). A continuación, reitera que “los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones”.

A modo de conclusión se puede afirmar que el TJUE ha declarado que se adecúa al derecho de la Unión Europea una norma procesal de un Estado miembro que, en el ámbito de su autonomía procesal, obligue a las partes a intentar un sistema alternativo de resolución de conflictos de carácter no vinculante antes de iniciar un proceso judicial. Esta previsión no es contraria ni a las normas de protección del consumidor de la UE ni al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Si bien exige que el intento no implique un retraso sustancial a la posibilidad de acudir al proceso judicial ni un coste sustancial, además de permitir la adopción de medidas provisionales cuando las circunstancias del caso justifiquen un peligro que las haga necesarias.

Para finalizar este apartado quiero matizar que el TJUE interpreta que se adecúa la obligación de acudir a un adr con resultado no vinculante como es la conciliación o la mediación. Sin embargo, no se pronuncia expresamente en el caso en el que éste fuera vinculante como es el caso del arbitraje. En mi opinión en esta hipótesis la sentencia del TJUE hubiera sido contraria ya que expone la *ratio decidendi* de la cuestión prejudicial afirma que “lo que tiene importancia no es el

carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial”⁴⁶

5.3 La doctrina del Tribunal Constitucional español

El juicio de ponderación constitucional entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la obligación de acudir a un ADR también se ha planteado ante el Tribunal Constitucional español.

Debo advertir que nos hallamos ante una materia que está en el límite entre la autonomía procesal de los Estados miembros y el principio de efectividad del derecho comunitario. Para delimitar el análisis hay que distinguir dos elementos esenciales:

- Si la normativa comunitaria ha impuesto la obligación de acudir a un ADR o no antes del inicio del proceso judicial o ha delegado esta consideración a los Estados miembros en la aplicación de la norma de la Unión Europea.
- Si el ADR tiene carácter vinculante o no.

Hago esta advertencia porque sólo así se explica que los Tribunales nacionales se hayan pronunciado sobre esta cuestión de forma prácticamente simultánea al TJUE. Además, debe tenerse en cuenta que nos hallamos ante un concurso de leyes ya que el derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido como derecho fundamental tanto por las normas estatales, en el caso de España en el artículo 24 de la Constitución Española, como en de la Unión Europea, en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La cuestión que se plantea es si en este caso se aplica la normativa estatal o de la Unión Europea. En mi opinión, si la Unión Europea no realiza previsión alguna debe aplicarse el parámetro de constitucionalidad estatal y no el de la Unión Europea. Sin embargo, si el intento de solucionar un conflicto a través de un ADR viniera impuesto por una previsión de la Unión, la ponderación con los derechos fundamentales debería realizarse tomando como referencia el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁷.

En este caso no hay ninguna norma de la Unión Europea que imponga la obligación de acudir a un ADR antes del inicio del proceso judicial, sino que lo delega a la trasposición que realicen los Estados aplicando la autonomía procesal. Por ello el parámetro de constitucionalidad deberá realizarse atendiendo a la normativa estatal, que en el caso de España es el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 6 y 8 del CEDH.

En España el Tribunal Constitucional en la Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre⁴⁸ declaró la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de

⁴⁶ Pf. 31 de la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017, asunto Menini, cuestión prejudicial C-75/16.

⁴⁷ Ver ampliamente el análisis que realizo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 39 y ss.

⁴⁸ Ver ampliamente el comentario que realiza CUESTA SAEZ, en “Contractualidad del arbitraje (a propósito de la STC 147/1995, de 23 de noviembre”, en *Derecho Privado y Constitución*, número 9, mayo-agosto 1996, pp. 315 y ss.

Ordenación de los Transportes Terrestres. En todo caso debe recordarse que la mediación no es un equivalente al arbitraje y que la única obligación legal es acudir a la reunión informativa de la mediación, con lo que no se impide al acceso a la jurisdicción, sino que se exige acudir a la sesión informativa de la mediación.

La Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, fue posteriormente modificada por la ley 13/1996. Esta ley da nueva redacción al artículo 38.1, que presume la sumisión a arbitraje si la cuantía no excede de 500.000 pesetas (actualmente 3.000 €) 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. La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona interpuso cuestión de inconstitucionalidad que fue admitida a trámite como cuestión 2096/1999 y resuelta por la Sentencia del pleno 352/2006, de 14 de diciembre. El Tribunal Constitucional declara que la norma es constitucional, expresando la ratio decidendi en el fundamento de derecho cuarto⁴⁹. Lo motiva de la siguiente forma:

“hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada –sometimiento al arbitraje–, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el dies ad quem para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento «en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada» que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos”.

Esta sentencia es significativa porque el Tribunal Constitucional indica al legislador cuál sería el mecanismo para fomentar los ADR en determinadas materias de escasa cuantía. Los requisitos que exige es que las partes se puedan desvincular de la presunción *ope legis* de sumisión a arbitraje antes del inicio de la relación jurídica o actividad contratada⁵⁰.

Posteriormente el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta cuestión en las Sentencias 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero y 1/2018, de 11 de enero.

⁴⁹ Ver ampliamente ESCALER BASCOMPTE, “¿Hacia una desjudicialización obligatoria en sectores del ordenamiento plenamente disponibles? ¿Supone la STC 352/2006, de 14 de diciembre, un reconocimiento implícito de la posibilidad en cuanto al arbitraje?”, en *Justicia*, 2007, pp. 161 y ss.

⁵⁰ ESCALER BASCOMPTE afirma que “dicha doctrina constitucional llevada a sus últimos extremos, no debiera impedir que el legislador imponga arbitrajes obligatorios en determinados sectores del ordenamiento jurídico a los cuales los litigantes se sometan libremente, entendiéndose que prestan el consentimiento al arbitraje en el momento en que decidan desarrollar relaciones jurídicas ese ámbito” (en “el arbitraje y su legitimidad constitucional”, en *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Lima, 2007, p. 84). Yo añadiría que para que fuera constitucional esta sumisión a arbitraje *ope legis* sería necesario que se permitiera a cualquiera de las partes desvincularse del mismo antes de que surgiera la relación jurídica o se prestase la actividad contratada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Uno de los preceptos impugnados fue el artículo 4, que reformaba el régimen de negociación colectiva laboral y establecía en el apartado 1 un arbitraje obligatorio. El fundamento de derecho 5, apartado B, el Tribunal Constitucional analiza si existe una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Tras analizar la regulación, que prevé la intervención decisoria o arbitral será impugnabile por los motivos establecidos en el artículo 91 del TS y éste prevé la impugnación judicial por considerar que la decisión o laudo arbitral “conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros (artículo 163.1 LJCA), concluye que:

“el conjunto de estas previsiones permite concluir que el art. 82.3 LET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa”.

Añade que “no cabe excluir que esa intervención judicial derivada del art. 82.3 LET permita a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional. Así entendida, por tanto, la intervención de la CCNCC u órgano autonómico correspondiente prevista en la norma impugnada -con carácter subsidiario, como ya se dijo-, en cuanto trámite previo al proceso es plenamente compatible con el art. 24.1 CE; en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado”.

Es decir, afirma que la previsión es constitucional porque “interpretado el precepto en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas, hemos de descartar que el párrafo octavo del art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.1 de la Ley 3/2012, resulte contrario al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo”.

Lo esencial de esta sentencia es que lo declara constitucional porque permite una revisión judicial del fondo del asunto con posterioridad. Es decir, no impide que la causa sea revisada por la jurisdicción ordinaria por lo que no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Posteriormente reitera esta doctrina en el fundamento de derecho quinto in fine de la Sentencia del pleno 8/2015, de 22 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por

diputados del Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario la Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA).

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta cuestión en la Sentencia del pleno 1/2018, de 11 de enero, de la que fue ponente la magistrada Encarnación Roca Trías y se formularon cuatro votos particulares. En esta resolución se plantean tres temas esenciales: la protección del consumidor, el control de la constitucionalidad de una directiva comunitaria y si se puede restringir el derecho a la tutela judicial efectiva imponiendo un arbitraje.

Esta Sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 2578/2015, planteada por la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia. En la misma plantea la constitucionalidad del artículo 76 e de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Este precepto establece como un derecho del asegurado la sumisión de cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro, que tiene carácter obligatorio para la entidad aseguradora. Este artículo se introdujo en la Ley del Contrato de Seguro por la ley 21/1990, de 10 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 1988/537/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de la vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad estimándola y declarando que el artículo 76 e de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, es inconstitucional y nulo.

La ratio decidendi de la sentencia lo analiza el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto. Afirma que “la posible vulneración del artículo 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un proceso arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción”. Finalmente concluye que “la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia, que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE)”.

Otras cuestiones que plantea la sentencia es la relación de la imposición del arbitraje por las normas de la Unión. La resolución lo descarta en el fundamento de derecho tercero ya que “el objeto del presente proceso no es el derecho de la Unión Europea, sino el control de la conformidad con determinados preceptos constitucionales, los artículos 24 y 117.3 CE, de una norma transnacional que transpone el Derecho de la Unión Europea”. En el fundamento de derecho quinto incide de nuevo sobre esta cuestión constatando como la Directiva transpuesta no opta por un procedimiento arbitral que excluya el acceso a la jurisdicción ordinaria”.

La sentencia se dictó por mayoría y se formularon tres votos particulares, adhiriéndose un cuarto magistrado a uno de ellos⁵¹. El objeto de estos era manifestar la discrepancia con el contenido del derecho europeo y la falta de competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la cuestión al tener por objeto el derecho de la Unión Europea⁵² y la no vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al ser legítima la limitación por la protección del consumidor, que es la parte más débil contractualmente⁵³.

En mi opinión la normativa de la Unión Europea no impone el arbitraje obligatorio. Además, tal como se ha indicado en el apartado anterior sería contrario a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea si no se permite el acceso al sistema judicial. Sin embargo, hay que matizar que el TJUE no se ha pronunciado expresamente sobre el arbitraje obligatorio, sino sobre otros adr con resultado no vinculante, por lo que podría cambiar el criterio en una futura cuestión prejudicial ya que las Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tienen efectos de cosa juzgada en el sentido negativo, pudiéndose replantear de nuevo otra cuestión sobre lo que ya fue objeto de una sentencia anterior⁵⁴.

Una cuestión de especial interés que no se analiza en la sentencia es si el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser objeto de restricciones. Los votos particulares inciden en que la debilidad contractual del consumidor puede justificar la imposición de un arbitraje obligatorio a la entidad aseguradora por la sola voluntad del asegurado. Así por ejemplo D. Juan Antonio Xiol Rios afirma en la fundamentación de su voto particular que “si partimos del mandato constitucional que atañe a todos los poderes públicos, a los jueces y al legislador de velar por la protección de los consumidores y usuarios (art. 51 CE), se concluye sin especial dificultad que la finalidad del artículo 76 e) LCS es la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, pues resulta notorio que se encuentra ante una situación de desigualdad debida a la compleja naturaleza y contenido del contrato de seguro, sobre todo en determinadas modalidades como la aquí examinada”.

Finalmente añade que “si bien es una limitación del derecho a la tutela judicial, no es arbitraria pues solo configurando el recurso al arbitraje del modo en que lo ha hecho el artículo 76 c) LCS se garantiza la efectiva protección del asegurado-consumidor y como fin último el interés general”. D. Fernando Valdés Dal-Ré, en su voto particular, también plantea la posible contradicción de la sentencia con la doctrina del Tribunal Constitucional que fundamentó la constitucionalidad del arbitraje obligatorio laboral (art. 82.3 LET). Entiende que existe un elemento común como es la protección a la parte débil del contrato, que es el trabajador en el derecho laboral y el asegurado-consumidor en el contrato de seguro de defensa jurídica.

⁵¹ Los Magistrados que formularon votos particulares fueron D. Fernando Valdés Dal-Ré, D. Juan Antonio Xiol Rios y D. Antonio Narváez Rodríguez, al que se adhirió D. Ricardo Enríquez Sancho.

⁵² Así se pronuncia el voto particular de D. Juan Antonio Xiol Rios.

⁵³ De una forma u otra incide en este tema la totalidad de los votos particulares.

⁵⁴ Ver el análisis que realizo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 52 y ss.

D. Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular, incide también en la posibilidad de restringir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque existe un fin constitucionalmente legítimo como es “defender y proteger al asegurado en cuanto consumidor o usuario de un servicio que le cubre de un determinado riesgo, así como, también, el de restablecer el inicial desequilibrio de las partes en este tipo de contratos de seguro, en el que el asegurado parte de una situación inicial de desventaja con relación a la contraparte”.

Este Magistrado añade un argumento que es el coste de acudir a los Tribunales. Así afirma que “la propia tutela judicial que el queda al asegurado, puede verse también afectada, toda vez que puede desincentivar el inicio de las actuaciones judiciales, en la medida en que puede suceder que la cuantía económica de las controversias, puesta en relación con los costes que le pueden suponer al asegurado la defensa de sus intereses, haga que resulte disuasorio el ejercicio de las acciones judiciales”.

5.4 La doctrina de la Corte Constitucional italiana

Entre los países de la Unión Europea que más ha apostado por los ADR como método alternativo de resolución de conflictos al proceso judicial ha sido Italia. Anteriormente ya he analizado la legislación aplicable y cómo ha regulado la mediación previa obligatoria ex lege en una serie de materias. El legislador italiano también ha regulado otros sistemas de ADR vinculantes, como el arbitraje, y lo ha impuesto como obligatorio en algunos casos. La Corte Constitucional italiana ha corregido esta regulación y ha recordado que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, que se regula en el artículo 24 de la Constitución Italiana.

La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 123/2018, de 13 de junio resume y aplica la doctrina jurisprudencial. En el fundamento de derecho cuarto afirma que:

“Según la jurisprudencia constante de esta Corte, las hipótesis de arbitraje previstas por la ley son ilegítimas solo si son obligatorias, es decir, requieren que las partes recurran al arbitraje, sin reconocer el derecho de cada parte a apelar ante la autoridad judicial ordinaria (sentencias No. 221 de 2005, n. 325 de 1998, n. 381 de 1997, n. 152 y n. 54 de 1996, n. 232, n. 206 y n. 49 de 1994, n. 488 de los 1991, n. 127 de 1977). En particular, con el fallo n. 127 de 1977, que inició la orientación antes mencionada, esta Corte tribunal ha declarado el principio según el cual la "fuente" del arbitraje no se puede identificar con ley ordinaria o una voluntad autorizada, "porque solo la elección de los sujetos (entendida como uno de los posibles formas de disponer, incluso en sentido negativo, del derecho en virtud del art. 24, primer párrafo, de la Constitución) puede derogar el precepto contenido en el art. 102, primer párrafo, Const. Corresponde al criterio de interpretación sistemática del texto constitucional (en el que el alcance de una norma puede ser circunscrito solo por otras normas del mismo texto o por otras aún similares a ellas); y corresponde también a la garantía constitucional de la autonomía de los sujetos (enfanzada con particular fuerza en la Sentencia n. 2 de 1963 de este Tribunal), autonomía, que, por otra parte, está protegida por los artículos. 41 a 44 de la Constitución, en el asunto que lo aborda y para situaciones de ventaja comprometida está precisamente garantizado por el art. 24,1, de la Constitución”.

Como se puede comprobar la Corte Constitucional Italiana, al igual que el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declara contrario al derecho a la tutela

judicial efectiva y al acceso a la jurisdicción ordinaria que se imponga ex lege un ADR vinculante como es el arbitraje.

5.5 Conclusión. La posibilidad de imponer un ADR previo si se permite el acceso posterior a los tribunales de justicia

Tras analizar la situación legislativa y la doctrina jurisprudencial del TJUE y del TC plantearé los presupuestos en que sería posible establecer legalmente la obligatoriedad de acudir a un ADR. La imposición legal de un ADR a las partes implicaría una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española y del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Tal como he expuesto en los dos apartados anteriores el TJUE y el TC han negado esta posibilidad salvo que se permita la revisión judicial posterior. Así se pronuncia expresamente el TC español en las sentencias, 147/1995, de 23 de noviembre 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero, y 1/2018, de 11 de enero y el TJUE de forma indirecta al analizar la imposición del intento de mediación o conciliación como obligatorio antes de iniciar un proceso judicial en las Sentencias de 18 de marzo de 2010, asuntos C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08 y de 14 de junio de 2017, C-75/16.

Por ello la primera opción sería que se impusiera el ADR, vinculante o no, como obligatorio siempre que se permita la revisión judicial posterior del contenido de este. Es decir, si lo que se impone legislativamente es un arbitraje debería reformarse la acción de anulación del laudo arbitral, ampliando las causas a la revisión del fondo del asunto por un órgano judicial⁵⁵. En el caso de un ADR no vinculante no se produce este problema ya que por un lado el mismo deberá ser aceptado voluntariamente por las partes y en todo caso siempre podrán acudir a un proceso judicial instando la nulidad del acuerdo por cualquier causa aplicable a los contratos⁵⁶.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta es la afectación que tiene la imposición de un ADR a las partes en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵⁷. Tanto la Constitución Española como la Carta Europea de Derechos Fundamentales reconocen que tiene la naturaleza de derecho fundamental ya que se regulan en los artículos 24 y 47 respectivamente. Estos derechos no tienen carácter absoluto, sino que pueden ser limitados, pero sólo en los casos en los que estén en

⁵⁵ Sobre la regulación actual ver por todos ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo, en *el control judicial sobre el fondo del laudo*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2017.

⁵⁶ El artículo 23 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles prevé que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. Una regulación idéntica realiza el artículo 148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria para los convenidos en el acto de conciliación, si bien regula un plazo de 15 días desde que se celebró la conciliación para interponer la acción.

⁵⁷ ORDEÑANA GEZURAGA propone una reforma del artículo 24 de la Constitución en el que se reconozca la facultad de utilizar los mecanismos extrajurisdiccionales, en “¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2018-3, volumen 30, pp. 523 y ss.)

contradicción con otros derechos de la misma naturaleza. Y en mi opinión en este aspecto es en el que el legislador estatal está limitado.

El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser limitado cuando entre en conflicto con otro derecho reconocido en la Constitución. En este caso el legislador, y en su momento el Tribunal Constitucional, deberá realizar un juicio de ponderación de los dos derechos fundamentales afectados y primar uno de ellos sobre el otro, en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por un lado, nos hallamos ante el derecho a la tutela judicial efectiva, que es un derecho fundamental regulado en el artículo 24 de la Constitución. Por otro el derecho a la protección del consumidor, que está previsto en el artículo 51 de la Constitución como uno de los principios rectores de la política social y económica⁵⁸. La cuestión que se plantea es si se puede restringir el derecho a la tutela judicial efectiva para asegurar una mayor protección de los consumidores.

Al exponer la jurisprudencia del TJUE, del Tribunal Constitucional español y de la Corte Constitucional italiana ya he expuesto como no permite imponer un adr vinculante y obligatorio que impida a las partes acudir a la acción judicial. En España el debate se ha suscitado en los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero.

Al desarrollar el principio de proporcionalidad ya he expuesto como el Tribunal Constitucional español ha aplicado tres controles, que son el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Los dos últimos son competencia del legislador, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

En relación con el control de idoneidad los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero, lo analizan y entienden que la imposición de un arbitraje obligatorio compensa la desigualdad existente entre la entidad aseguradora y el consumidor en el seguro de defensa jurídica. En mi opinión el mecanismo para compensar la desigualdad de las partes se ha articulado en el proceso judicial a través de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las reformas de la LEC como consecuencia de estas resoluciones. Así en el proceso en el que una de las partes es un consumidor se han ampliado las facultades del Tribunal pudiendo apreciar excepciones que benefician al consumidor de oficio o pudiendo admitir prueba no propuesta por las partes, además de que no se aplica la preclusión de alegaciones a la parte más débil.

En mi opinión no se puede afirmar que un ADR, por el sólo hecho de articularse como obligatorio y vinculante, beneficie a la parte más débil del contrato⁵⁹. Puede ser un argumento válido en

⁵⁸ El apartado 1 del artículo 51 de la Constitución Española prevé que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

⁵⁹ La instauración de la mediación o un adr vinculante para contrarrestar la desigualdad material de las partes, como por ejemplo el consumidor, tampoco sería la solución. Tal como advierte OTEIZA “en la tensión de fuerzas que supone el conflicto la parte más débil encontrará una menor protección ante sistemas de solución distintos al judicial en los cuales sus desventajas no pueden ser compensadas adecuadamente” (en “Punto de Vista:

aquellas reclamaciones de ínfima cuantía que pueden provocar que el consumidor no reclame debido al coste del proceso, pero no en aquellas de mayor cuantía económica⁶⁰. Además, en los ADR no se ha articulado ningún mecanismo de protección del consumidor similar al de los órganos jurisdiccionales dotando a los terceros de mayores facultades de dirección del proceso para compensar la desigualdad real de las partes⁶¹. Así es significativo que tanto el Parlamento Europeo⁶² como la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ)⁶³ adviertan que deben establecerse garantías para la protección de la parte más débil.

Finalmente, para que un ADR obligatorio y vinculante sea compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva es necesario que permita el acceso a los Tribunales de Justicia, lo que implica un coste adicional con lo que la razón de ser de permitir las reclamaciones de ínfima cuantía ya no sería válida como justificación.

Otra de las cuestiones es si se puede restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes para favorecer los derechos del consumidor. La protección del consumidor está regulada por normas de carácter imperativo, pero a nivel interno aún no integra el carácter de un derecho fundamental sino los principios rectores de la política social y económica⁶⁴. Sin embargo, hay que destacar que los cuatro magistrados que suscribieron los tres votos particulares de la Sentencia del TC 1/2018, de 11 de enero, incidieron en la posible limitación del derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio de la parte más débil contractualmente.

MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal*, año V, 2005, número 8, p. 11 de la versión digital). En el mismo sentido se pronuncia GIANINI, en “la desigualdad material de las partes es destacada en general como debilidad de todo mecanismo alternativo de resolución de conflictos”, en *La Ley*, Argentina, tomo 2014-A, año LXXVIII número 25, nota 28; y en *La mediación en Argentina*, edit. Rubitzal-Luzconi, Buenos Aires, 2015, p. 161.

⁶⁰ Sobre el acceso a la justicia y el coste del proceso ver RAMOS MÉNDEZ, “el umbral económico de la litigiosidad”, en *Elogio de la Nada Procesal*, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 297 y ss.). En el mismo sentido ARMENTA DEU (en “Deriva de la justicia: una reflexión abierta”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 66-67, pp. 18 y ss.) y HERRERO PEREZAGUA (en “la incertidumbre del proceso civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 42, 2107, p. 7 de la versión digital).

⁶¹ En este sentido ORDEÑANA GEZURAGA afirma que “solo se puede impartir justicia con control judicial, quedando en manos de éste la protección del valor social justicia, aunque sea sin su intervención o actuación directa” (en *¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad...*, cit., p. 22 de la versión digital).

⁶² En el informe del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, directiva sobre la mediación, 2016/2066(INI), de 27 de junio de 2017, el ponente sostiene que “deben establecerse garantías adecuadas en los procedimientos de mediación a fin de limitar el riesgo de que las partes más débiles, como los consumidores y las partes no representadas, se vean privadas de su derecho a una resolución judicial independiente o tengan la percepción de que así sea. En este sentido, es de suma importancia que aquellos que recomienden, requieran o faciliten servicios de mediación velen por que las partes más débiles no resuelvan un litigio sin haber tomado conocimiento de los derechos que las asisten por ley y porque las partes más fuertes no empleen procedimientos rápidos de resolución de litigios, como la mediación, para eludir sus obligaciones legales o adquirir una ventaja jurídica en detrimento de otras partes”.

⁶³ Informe de la RECJ 2016-2017, Resolución alternativa de litigios en el ámbito judicial, aprobado por la Asamblea General en París, el 9 de junio de 2017.

⁶⁴ El artículo 51 de la Constitución Española prevé que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

En mi opinión el hecho de que la protección del consumidor no sea considerando como un derecho fundamental, sino como un principio rector de la política económica y social, no impide que pueda limitar, que no impedir, el derecho a la tutela judicial efectiva. El carácter de fundamental de un derecho es relevante a los efectos de poder invocarlos judicialmente en el caso en que sean vulnerados, tal como prevé el artículo 53.2 de la Constitución. Los principios rectores de la política social y económica no tienen este plus de protección que permite invocar su vulneración ante la jurisdicción ordinaria de una forma preferente y sumaria, pero tal como establece el artículo 53.3 de la Constitución informa la legislación positiva⁶⁵. Es decir, el legislador puede realizar un juicio de proporcionalidad restringiendo un derecho fundamental, como la tutela judicial efectiva, porque estima conveniente para lograr una mayor protección del consumidor o de cualquiera de los principios rectores de la política social y económica⁶⁶.

Desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea este juicio si que se puede realizar. El término de comparación sería entre el derecho a la tutela judicial efectiva, que está reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la protección de los consumidores, que el TJUE ha reconocido que integra el orden público comunitario⁶⁷ y se protege especialmente en el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁸. Será el legislador, europeo o estatal, el que deberá ponderarlos y decidir si impone o no un ADR vinculante.

Si se decide a realizarlo deberá tener en cuenta la doctrina del TJUE que indica que la cuestión no es si se impone o no el ADR, vinculante o no, como obligatorio, sino si se permite que las partes acudan posteriormente a los Tribunales de Justicia⁶⁹. Aplicada esta doctrina al carácter vinculante (arbitraje) o no vinculante (mediación y conciliación) el legislador debería prever una causa de anulación del laudo arbitral que permita revisar la cuestión de fondo o de impugnación de la decisión ante los Tribunales en el segundo caso.

⁶⁵ En este contexto se distingue entre las garantías primarias y secundarias, para referirse en estas últimas a la protección jurídica de los derechos fundamentales. Tal como afirma FERRAJOLI “más allá de su justiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por los Tribunales Constitucionales” (en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edit. Trotta, Madrid, 2001, p. 51).

⁶⁶ Tal como afirma CUBERO MARCOS “la ponderación podría definirse como un mandato de optimización entre los principios. Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio tanto mayor tiene que se la importancia del cumplimiento del otro” (en “la vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 110, 2017, p. 134).

⁶⁷ Ver por todas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017. Lo analizo ampliamente en *La protección del consumidor y el orden público comunitario*, cit.

⁶⁸ El artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé expresamente que “en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores”.

⁶⁹ Ver el análisis que efectúo en el apartado 5.1 de este trabajo.

De esta forma sería válida la imposición de un ADR como un sistema previo y alternativo para la resolución del conflicto siempre que se permita posteriormente que las partes puedan acudir a los Tribunales de Justicia para revisar la decisión adoptada, bien ampliando las causas de anulación del laudo arbitral (arbitraje)⁷⁰ como impugnando el acuerdo adoptado (mediación y conciliación). Otra opción legislativa es presumir *ope legis* la sumisión a arbitraje y permitir a las partes desvincularse del mismo antes de que se realice la actividad jurídica contratada. Tal como he desarrollado anteriormente es el “camino” indicado por el Tribunal Constitucional al legislador en la Sentencia del pleno 352/2006, de 14 de diciembre. Sin embargo, el legislador no lo ha seguido. En mi opinión hubiera sido deseable que en los casos en los que el legislador entiende que es más adecuado el ADR vinculante que el proceso judicial para resolver el conflicto que prevea *ope legis* la sumisión a arbitraje, permitiendo que las partes se desvinculen antes de que se preste la actividad contratada o surja la relación jurídica. Esta opción creo que es especialmente conveniente en aquellas reclamaciones de ínfima cuantía, que no superan el umbral de litigiosidad⁷¹. La dificultad es determinar la cuantía, pudiendo ser uno de los elementos determinantes la establecida para exigir la postulación procesal que es de 2.000 €⁷². Creo que es el conveniente porque son los casos en que el legislador exige de la representación por procurador y defensa por abogado al considerar que sería oneroso para la parte obligar a su intervención para reclamar esta cantidad. En todo caso también se podría optar por otros criterios que el legislador valorase más adecuado.

6. Análisis específico de del carácter vinculante del procedimiento de ADR en el ámbito de la actividad financiera y de la protección de los usuarios de las compañías aéreas

En el ámbito de la protección del consumidor las disposiciones adicionales primera y segunda de la ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, prevé la regulación de un ADR de carácter vinculante “ex lege” para las entidades financieras y las compañías aéreas respectivamente.

La cuestión que me planteo es el motivo por el que el legislador ha realizado esta previsión expresa. Es un hecho que la doctrina del TJUE en el ámbito financiero ha marcado un cambio legislativo en la regulación del proceso de ejecución de título no judicial y, en general, en los procesos de

⁷⁰ Debo advertir que en este caso nos hallaríamos ante un “arbitraje” que no tendría carácter jurisdiccional, sino de composición de conflictos. Estoy de acuerdo con la afirmación de GONZÁLEZ GARCÍA de que “el hecho de condicionar su constitucionalidad a la posibilidad del control pleno del laudo por la jurisdicción nos conduce a una institución diferente, cuyo fin no es la exclusión de la jurisdicción en determinadas controversias, sino la articulación de mecanismos previos al proceso, con papel análogo al de la reclamación previa en vía administrativa o la conciliación, que se dirigen a evitar el proceso, pero sin virtualidad para impedirlo” (en “Arbitraje obligatorio y tutela judicial efectiva: el arbitraje no es un negocio jurídico unilateral”, en *Derecho y Proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, vol. II, edit. Atelier, Barcelona, 2018, p. 1126).

⁷¹ Siguiendo la terminología de RAMOS MÉNDEZ, loc. cit.

⁷² Artículos 23.2, regla 1ª y 31.2, regla 1ª, de la LEC para la representación por procurador y defensa por abogado respectivamente.

protección del consumidor. Esto ha determinado un incremento de la litigiosidad ante los tribunales nacionales.

La previsión legislativa de las disposiciones adicionales 1 y 2 de la Ley 7/2017 se puede interpretar que se enmarcan en considerar que estos órganos arbitrales realizan un papel cuasi regulatorio⁷³. Es significativo como se otorga la competencia para conocer de la resolución de estos ADR, vinculantes o no, son órganos estatales. Es decir, organismos de carácter administrativo⁷⁴.

A nivel europeo ya nos encontramos con mecanismos de ADR no vinculantes que son competencia de este tipo de órganos. Así en Italia, donde el intento de mediación tiene carácter obligatorio, se afirma que “la función primaria de los sistemas de ADR en el sector bancario y financiero es hacer presión sobre los intermediarios”⁷⁵. Sin embargo, hay que incidir que no se ha impuesto un ADR vinculante de forma obligatoria ex lege por la posición de la Corte Constitucional italiana que ha negado esta posibilidad⁷⁶.

Yo discrepo de esta opinión. Considero que el intento de imponer un ADR vinculante a una de las partes no está en relación con la protección ni con favorecer los derechos de los consumidores y usuarios. Esto se logra por otros mecanismos y no con la oferta de un procedimiento aparentemente rápido para resolver sus reclamaciones. Para ello ya tenemos los órganos jurisdiccionales y el arbitraje de consumo, que debidamente reforzados y potenciados deben ser el instrumento adecuado para reforzar la posición procesal de la parte débil contractual, que se identifica con el consumidor, y así igualar procesalmente a ambas partes.

Lo que intenta el legislador es huir de la jurisdicción civil y derivar este tipo de reclamaciones a los órganos administrativos. Y esta opción es sorprendente a la vista de la actuación de éstos ante la situación de crisis económica y el nulo papel del Banco de España en el control de la actuación de las entidades financieras.

Es cierto que en la actividad financiera y el transporte aéreo nos encontramos ante dos ámbitos económicos en los que existe un control administrativo, pero ello no debe conducir a administrativizar las reclamaciones de los consumidores. Al leer las disposiciones adicionales 1 y 2 de la ley 7/2017 recordé la afirmación de FISS que “una conciliación privaría a un tribunal de la oportunidad e, incluso, de la capacidad, de establecer una interpretación. En suma, frente a una

⁷³ En este sentido se pronuncia SIRENA que afirma que “los sistemas de ADR desarrollan así una función más cuasi-regulatoria que cuasi-judicial, otorgando a los consumidores la idoneidad para incidir en las prácticas comerciales difusas del mercado” (en “I sistema di ADR nel settore bancario e finanziario”, cit., p. 1373).

⁷⁴ Actualmente la Administración puede realizar un control administrativo de las cláusulas abusivas e imponer sanciones por su utilización. Sin embargo, en la práctica no son eficaces y se ha cuestionado la competencia de la Administración ya que corresponde a los órganos de la jurisdicción civil. Ver ampliamente el análisis que realiza SÁNCHEZ-VENTURA MORER, en “Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 2, abril-junio 2018, pp. 243 y ss.

⁷⁵ SIRENA,, op. cit.,p. 1372.

⁷⁶ En la reciente Sentencia número 123/2018, de 9 de mayo, la Corte Constitucional reitera que “con la sentencia número 127 del 1977, ... el Tribunal ha afirmado el principio según el cual la fuente del arbitraje no se puede identificar en una ley ordinaria o en una voluntad autorizada”.

conciliación los jueces están impedidos para actuar, o, de poder hacerlo, no pueden llegar muy lejos”⁷⁷.

Nos hallamos ante un instrumento que puede ser adecuado porque facilita la reclamación de los consumidores y usuarios en el ámbito financiero y del transporte aéreo. Pero no puede imponerse legalmente a los intermediarios financieros y compañías aéreas por un lado ni de facto a los usuarios al divulgar que tiene carácter gratuito sin informarles que de la resolución que se dicte será recurrida ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, que tienen más limitada su capacidad de actuación que los del orden civil.

Además, nos hallamos antes una materia como es la tutela del consumidor que se rige por normas de carácter imperativo y que integra el orden público comunitario. Obviamente su vulneración implicaría poder anular el acuerdo de ADR, vinculante o no. Pero la competencia es de los órganos jurisdiccionales que son los que tienen atribuida la declaración del derecho en el caso concreto y no de la administración.

Por todo ello, y sin perjuicio del análisis que realizo a continuación de cada uno de los sectores, debo criticar la opción legislativa ya que la finalidad no es la defensa de los usuarios sino derivar este tipo de litigios a la Administración y a los órganos de control de las entidades financieras y del transporte aéreo.

6.1 Transporte aéreo

La disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, prevé que el Ministerio de Fomento regulará el procedimiento de resolución alternativa de los litigios en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo. Los caracteres del ADR será que es de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas. Éste ha hecho público un proyecto de Orden Ministerial por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios de Transporte aéreo establecidos en el ámbito de la Unión Europea⁷⁸. Las líneas esenciales del mismo son:

- La Agencia Estatal de Seguridad Aérea, como entidad alternativa de resolución de litigios en el sector del transporte aérea resolverá los conflictos, nacionales o transfronterizos, que surjan respecto de la aplicación del Reglamento CE 261/2004 y Reglamento CE 1107/2006 (art. 3).
- La necesidad de que el usuario haya plantado una reclamación previa al responsable del incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 del TRLGCU.
- El artículo 8 el procedimiento será:

⁷⁷ FISS, “contra la conciliación”, en *El Derecho como razón pública*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 141.

⁷⁸ Ver el comentario que realizan NADAL GOMEZ (en “la resolución alternativa de litigios en materia de transporte aéreo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 226 y ss.) y PÉREZ MORIONES, “Hacia la consolidación de la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del transporte aéreo”, *Diario La Ley* número 9298, sección doctrina, 14 de noviembre de 2018.

- Para los usuarios y gestores aeroportuarios, de aceptación voluntaria y resultado no vinculante.
- Para las compañías aéreas, de aceptación obligatoria y resultado vinculante.
- El artículo 19 prevé que la competencia para conocer y resolver los procedimientos de resolución extrajudicial corresponde al director de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y que contra su resolución sólo cabrá recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este ADR específico se regula por el legislador español ex novo. Salvo la disposición adicional 2ª de la ley 7/2017 no existe ninguna norma estatal ni de la Unión Europea que prevea su creación. En mi opinión este proyecto de orden, y por extensión la disposición adicional 2 de la ley 7/2017, plantea serias dudas de constitucionalidad por:

- La imposición ex lege de un sistema de ADR a las compañías aéreas.
- La alteración del orden jurisdiccional por la voluntad del consumidor que sí decide formular la reclamación a través de este ADR administrativiza el conflicto.

Antes he analizado los requisitos para imponer de forma obligatoria un ADR vinculante a alguna de las partes, y tal como ha declarado el Tribunal Constitucional y el TJUE sólo se puede realizar cuando se le permita acudir a la vía jurisdiccional. Tal como está diseñado el procedimiento de ADR en materia de transporte aéreo el mismo es obligatorio y vinculante para las compañías aéreas, pero no para el usuario ni para el gestor aeroportuario⁷⁹.

Nos hallamos ante una diferencia de trato que podría justificarse en la desigualdad de las partes en el momento de contratar lo que puede contrarrestarse de esta forma. Sin embargo, este argumento no es válido para el gestor aeroportuario que no tiene esta posición de debilidad en la contratación con el usuario. Por ello debe descartarse. El legislador no nos da ninguna razón de este trato desigual al usuario y gestor aeroportuario, para el que tiene un carácter voluntario, y a las compañías aéreas, para el que es obligatorio y vinculante. Por ello, y a falta de que se justifique entiendo que es contrario al artículo 14 de la Constitución Española y, consecuentemente, inconstitucional.

La segunda duda que me planteo viene motivada por la doctrina del TJUE y del TC sobre el carácter obligatorio de los ADR vinculante. Ambos han declarado que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva su imposición ex lege cuando se permita a las partes acudir posteriormente a la vía judicial. En este caso el proyecto de orden ministerial prevé que contra la resolución del director de la Agencia sólo cabrá el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La constitucionalidad vendría delimitada por el ámbito de este. Si se permite la revisión de la decisión adoptada, tanto en la forma como en el fondo, la previsión sería constitucional. En caso contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷⁹ Tal como nos informa NADAL GÓMEZ en el Reino Unido y en Alemania sí que está previsto el carácter voluntario para las compañías aéreas, que deben adherirse al ADR (NADAL GÓMEZ, "la resolución alternativa de litigios en el transporte aéreo", cit., pp. 240 y 241).

Por último, entiendo que desde el punto de vista legal el proyecto de orden ministerial es nulo por ser contraria al artículo 9 de la LOPJ. Este precepto prevé que “los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley”. El apartado segundo atribuye el conocimiento a los Juzgados y Tribunales del orden civil de “las materias que les son propias”. El apartado cuarto afirma que corresponde a los del orden contencioso-administrativo “las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al derecho administrativo”.

Si aplicamos esta regulación legal a los litigios en materia de consumo resulta que los órganos jurisdiccionales competentes son los del orden civil, ya que es una materia que le es propia y porque el Director de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea deberá dictar su resolución resolviendo lo que proceda “sobre el cumplimiento de los Reglamentos de la Unión Europea que resulten aplicables y determinará las medidas que, conforme a dichos Reglamentos, deben aplicarse en el asunto enjuiciado” (art. 18 del Proyecto de Orden).

Recuerdo que los Reglamentos aplicables son el Reglamento CE número 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004 y el Reglamento CE número 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006. A pesar de que el legislador los unifica en su tratamiento procesal, considero que entre los derechos implicados en los mismos hay diferencias notorias que justifican un distinto tratamiento.

El Reglamento 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004 establece las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Esta norma distingue entre la imposición de sanciones por parte de la Administración y los derechos del viajero. En su texto articulado existen normas administrativas y permite que los Estados miembros pueden establecer el régimen de sanciones aplicables en caso de infracción (considerando 21), pero ello no debe afectar a los derechos de los pasajeros y los transportistas aéreos a obtener reparación por vía judicial con arreglo a los procedimientos de derecho nacional (considerandos 22).

El Reglamento 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo regula básicamente normas de carácter administrativo, aunque también contiene normas de carácter civil que afecta a los viajeros. El artículo 14 del Reglamento regula los organismos de aplicación y competencia, el 15 del procedimiento de reclamación y el 16 las sanciones.

Unificar el tratamiento procesal de los dos tipos de derechos que se hallan presentes en la regulación de ambos Reglamentos implica incurrir en un error que provocara que el sistema se ineficaz. Además, ninguno de los dos Reglamentos comunitarios prevé un ADR de carácter obligatorio y vinculante para ninguna de las partes.

Sólo partiendo de esta confusión conceptual se puede entender que el artículo 19 del proyecto de orden afirme que la resolución del director pondrá fin a la vía administrativa y sólo cabrá recurso

ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el potestativo de reposición. De esta forma lo que hace el Ministerio de Fomento es atribuir la competencia para resolver el recurso a un orden jurisdiccional que ex lege no puede conocer de materias de orden civil, como es del derecho del consumidor o usuario⁸⁰. Esta previsión tendría su lógica en el ámbito administrativo, pero no en el de los consumidores. Y no se puede argumentar que tiene carácter voluntario para el consumidor ya que ello implica permitirle administrativizar su reclamación, y ello no es válido desde la perspectiva de la legislación aplicable y de la división del poder judicial en órdenes jurisdiccionales, que tiene carácter imperativo e indisponible para las partes. Tal como afirma RAMOS MÉNDEZ sería una “vía alternativa para cierto tipo de quejas, que a veces tiene carácter alternativo”⁸¹, pero no se puede aplicar a las reclamaciones civiles.

Es significativo que, si no opta por este sistema de ADR, sino por acudir ante los Tribunales su resolución corresponde al orden civil, siendo competentes objetivamente los Juzgados de lo Mercantil por la atribución competencial que realiza el artículo 86 ter LOPJ.

Por ello entiendo que esta previsión es nula por ser contraria al artículo 9 de la LOPJ. Creo que es válido atribuir la competencia para conocer de este ADR a una autoridad administrativa, pero la revisión de lo decidido por ésta no puede ser competencia del orden contencioso administrativo, sino del orden civil ya que ésta al resolver la reclamación de los consumidores no actúa como administración sino como entidad de resolución de conflictos, de manera similar a un Tribunal arbitral. Y en esta revisión posterior el Tribunal debe poder revisar el fondo del asunto, ya que en caso contrario se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

6.2 El ámbito de la actividad financiera

La disposición adicional primera prevé la creación ex lege de una Entidad que tendrá competencia para resolver los ADR, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, siendo obligatoria la participación de las entidades financieras en estos procedimientos⁸². El Gobierno aún no ha remitido el proyecto de ley que regula el sistema institucional de protección del cliente financiero, por lo que aún no se ha concretado si este ADR tendrá o no carácter vinculante y obligatorio ex lege para alguna de las partes.

A la espera de que se remita el proyecto de ley por parte del Gobierno recuerdo lo ya indicado anteriormente. Este podrá imponer un ADR no vinculante a las partes, pero no podrá ser vinculante si no se permite que posteriormente las partes puedan acudir a la vía jurisdiccional.

⁸⁰ Así es significativo que la disposición adicional 13ª de la LOPJ suprimía el Tribunal Arbitral de Seguros y se atribuía al orden jurisdiccional civil el conocimiento de todos los asuntos litigiosos anteriormente asignados a la competencia de aquél. El apartado segundo preveía como disposición transitoria que el Tribunal Arbitral de Seguros resolvería en el plazo de un año todos los asuntos que estuvieran pendientes, pudiendo los interesados deducir sus pretensiones directamente ante los correspondientes órganos de la jurisdicción civil.

⁸¹ RAMOS MÉNDEZ, en “el umbral económico...”, cit., p. 325.

⁸² SÁNCHEZ PÉREZ analiza los antecedentes legislativos de esta previsión en “la nueva entidad de resolución alternativa den el ámbito de la actividad financiera”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 207 y ss.

El apartado tercero de la disposición adicional prevé que “Hasta que entre en vigor la ley prevista en el apartado anterior, los servicios de reclamaciones regulados en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, acomodarán su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la presente ley y, en especial, se garantizará su independencia organizativa y funcional en el seno del organismo donde están incardinados con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios financieros”.

El artículo 30 de la ley 44/2002 regula los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En la fecha en que redacto este trabajo, que es diciembre de 2018, aún no se ha acreditado ninguno. Al margen de consideraciones personales, es significativo que habiendo entrado en vigor la ley el 5 de noviembre de 2017 un año después aún no se tenga noticia ni de la entidad que debe crear para resolver los ADR previstos en esta disposición adicional ni de la acreditación de los servicios de reclamaciones ya existentes como entidades de resolución alternativa de litigios financieros⁸³.

7. Bibliografía

Jaume ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (2017), *Eficiencia del sistema judicial español en el contexto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora*, edit. J.M. Bosch, Barcelona.

Lourdes ARASTEY (2017), *Mediación: tutela judicial efectiva. Marco legal*, versión digital consultado en www.coam.org el 7 de diciembre de 2018.

José Manuel ARIAS RODRÍGUEZ (2009), “Reflexiones acerca de la directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista del Poder Judicial*, número 88, pp. 133 y ss.

Teresa ARMENTA DEU, “Deriva de la justicia: una reflexión abierta”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 66-67, pp. 18 y ss

Giovanni ARMONE (2010), “Mediazione e processo nelle controversia civii e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti”, en *Le Società*, 5/2010, pp. 622 y ss.

Mercedes AYUSO GUTIÉRREZ y Montserrat GUILLÉN (2011), “La mediación dentro de la pirámide de litigiosidad en Cataluña: análisis de costes”, en *El libro blanco de la mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, pp. 985 y ss.

⁸³ Advierto al lector que en este caso prefiero no hacer consideraciones sobre la voluntad política de su creación y de su correcto funcionamiento. Me limito a advertir que se han creado unos juzgados especializados en materia de cláusulas abusivas, que están desbordados del número de asuntos que tienen que resolver y que media en el segundo trimestre del 2018 han dictado un 96,95% de sentencias estimatorias de la pretensión ejercitada por el consumidor. Datos consultados en la web www.poderjudicial.es el 7 de diciembre de 2018.

Javier BARNES (1998), "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *Cuadernos de Derecho Público*, número 5, septiembre-diciembre, p. 16.

Silvia BARONA VILAR (2011), "La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia", en Francisco de Paula BLASCO GASCÓ (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 227 y ss.

Silvia BARONA VILAR (2018), *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia.

Gino BATTAGLIA, *La mediazione nelle controversie civile e commerciale*, coordinado por CASTEGNOLA e DELFINI, editorial CEDAM.

Luca BOGGIO (2011), "la disciplina generale de la mediazione e della conciliazione nell'ordinamento italiano", en *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán.

Mauro BOVE (2010), *La mediazione por la composizione delle controversie civili e commerciali*, edit. CEDAM, Milán.

Remo CAPONI, "La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità", en www.judicium.it.

Diego COMBA (2011), *La mediazione nella lite civile e mercantile*, Milán.

José Ignacio CUBERO MARCOS (2017), "La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 110.

José María CUESTA SAEZ (1996), "Contractualidad del arbitraje (a propósito de la STC 147/1995, de 23 de noviembre)", en *Derecho Privado y Constitución*, número 9, mayo-agosto, pp. 315 y ss.

Francesca CUOMO ULLOA (2011), *La mediazione nel processo civile riformato*, edit. Zanichelli, Turín.

Domenico DALFINO (2016), *Mediazione civile e commerciale*, edit. Zanichelli, Turín.

Giussepe DE PALO, Leonardo D'URSO, Rachele GABELLINI (2011), *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione, procedura e tecniche*, Milán.

Ramón ESCALER BASCOMPTE (2007), "¿Hacia una desjudicialización obligatoria en sectores del ordenamiento plenamente disponibles? ¿Supone la STC 352/2006, de 14 de diciembre, un reconocimiento implícito de la posibilidad en cuanto al arbitraje?", en *Justicia*, pp. 161 y ss.

Ramón ESCALER BASCOMPTE (2007), “El arbitraje y su legitimidad constitucional”, en *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Lima.

Owen FISS (2007), “Contra la conciliación”, en *El Derecho como razón pública*, edit. Marcial Pons, Madrid.

Juan Carlos GAVARA DE CARA (2003), “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos Fundamentales”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 16/2003, BIB 2003\1386.

Leandro GIANINI, “la desigualdad material de las partes es destacada en general como debilidad de todo mecanismo alternativo de resolución de conflictos”, en *La Ley, Argentina*, tomo 2014-A, año LXXVIII número 25.

Leandro GIANINI (2015), *La mediación en Argentina*. Edit. Rubitzal-Luczoni, Buenos Aires, Santa Fé.

Esperanza GINEBRA MOLINS y Jaume TARABAL BOSCH (2013), “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 4/2013, octubre.

Markus GONZALEZ BEILFUSS (2015), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, edit. Aranzadi, Pamplona.

Jesús GONZÁLEZ GARCÍA (2018), “Arbitraje obligatorio y tutela judicial efectiva: el arbitraje no es un negocio jurídico unilateral”, en *Derecho y Proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, vol. II, edit. Atelier, Barcelona, p. 1105 y ss.

Ramón HERRERA DE LAS HERAS (2017), “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, en *Indret*, 1/2017.

Juan HERRERO PEREZAGUA (2017), “La incertidumbre del proceso civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, p. 42.

Crisanto MANDRIOLI y Antonio CARRATTA (2011), *Diritto Processuale Civile*, tomo III, Turín.

Fernando MARTIN DIZ (2017), “Mediación en la administración de justicia: balance actual y perspectivas de futuro”, en *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*, edit. Andavira, A Coruña.

Fernando MARTIN DIZ (2018), *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

Irene NADAL GOMEZ (2018), "La resolución alternativa de litigios en materia de transporte aéreo", en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, edit. Aranzadi, Pamplona, pp. 226 y ss.

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA (2018), "¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, volumen 30, pp. 523 y ss.

Eduardo OTEIZA (2005), "Punto de Vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano", en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal*, año V, número 8.

Vicente PEREZ DAUDÍ (2018), "Especialidades procesales del desalojo de una vivienda ocupada ilegalmente", en *Revista General de Derecho Procesal*, número 46, septiembre.

Vicente PEREZ DAUDÍ (2007), "La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión", en *Revista Jurídica de Catalunya 2007-4*, pp. 77 y ss.

Vicente PEREZ DAUDÍ (2017), "La mediación en el proceso de ejecución hipotecaria", en *Justicia*, 2017-1, pp. 263 y ss.

Vicente PEREZ DAUDÍ (2018), *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona.

Aranzazu PÉREZ MORIONES (2018), "Hacia la consolidación de la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del transporte aéreo", *Diario La Ley* número 9298, sección doctrina, 14 de noviembre.

Francisco RAMOS MÉNDEZ (2017), "El umbral económico de la litigiosidad", en *Elogio de la Nada Procesal*, edit. Atelier, Barcelona, pp. 297 y ss.

Luis SÁNCHEZ PÉREZ (2018), "La nueva entidad de resolución alternativa den el ámbito de la actividad financiera", en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, edit. Aranzadi, Pamplona, pp. 207

Inés SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2018), "Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido", en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 2, abril-junio, pp. 243 y ss.

Prieto SANTOS PASTOR (2015), *Análisis de la Justicia y Reforma Judicial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Giuliano SCARSELLI (2011), "l'incostituzionalità della mediazione di cui al d. leg. 28/10", en *Foro Italiano*, V, pp. 54 y ss.

Pietro SIRENA (2018), "I sistema di ADR nel settore bancario e finanziario", en *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, número 9/2018, pp. 1370 y ss.

Carlos VILLAGRASA ALCAIDE (2011), "Nuevas aplicaciones del procedimiento de mediación familiar en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña", en Vicente Pérez Daudí (coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Catalunya*, Barcelona, pp. 99 y ss.