

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari



Quaderni di conciliazione

a cura di
CARLO PILIA

N. 5



Cagliari - 2017

€ 20,00

ISBN 978-88-8374-113-5

N. 5
*Quaderni di
conciliazione*

N. 5
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2017

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2017

Volume pubblicato con il contributo
Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei

Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari

e

Camera di Commercio Industria,
Artigianato e Agricoltura di Cagliari



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-113-5

Grafica, composizione e copertina: Alessandro Valveri

Stampa e allestimento:
I.G.E.S. - 09045 Quartu S. Elena (Ca)

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carredda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciardada (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzone (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Presentazione</i>	Pag. 9
MARIA ESTHER SOUTO GALVAN, <i>La formazione del mediatore in Spagna e in Europa</i>	» 15
Paul B. Lewis, <i>Multinational Corporations and Voluntary and Compelled Corporate Social Responsibility</i>	» 41
LUISA ENNA, <i>Brevi considerazioni sulla circolazione della clausola compromissoria nella cessione del contratto. Il contrasto giurisprudenziale e le possibili soluzioni ricostruttive</i>	» 59
ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ, <i>El escaso desarrollo de las técnicas de mediación y arbitraje en el derecho tributario español</i>	» 75
ROSSANA MARTINGO CRUZ, <i>O papel do advogado na mediação familiar – uma observação crítica à realidade portuguesa</i>	» 95
NICOLÁS CABEZUDO RODRÍGUEZ, <i>Razones y sinrazones de la justicia restaurativa</i>	» 115
CARLO PILIA, <i>L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori</i>	» 153
JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ-MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, <i>El sistema arbitral de consumo en España: aspectos civiles y administrativos</i>	» 203
BRUNO TROISI, <i>La sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012 in tema di mediazione obbligatoria (nelle riflessioni dei primi commentatori)</i>	» 255

PRESENTAZIONE

I Quaderni di conciliazione continuano ad accompagnare le attività di ricerca, formative e divulgative concernenti la promozione della cultura della mediazione e degli altri sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, segnandone l'evoluzione in senso internazionale e intergenerazionale.

L'iniziativa editoriale ha preso le mosse a Cagliari nel 2010 dietro sollecitazione di un gruppo di docenti dell'allora Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi dell'Università del capoluogo sardo guidati dal responsabile scientifico prof. Francesco Sitzia che, nell'ambito di una stretta collaborazione istituzionale con la locale Camera di Commercio, hanno ritenuto che i contributi scientifici tematici raccolti e pubblicati potessero fornire validi prodotti dell'attività di ricerca per i giovani dottorandi, utili materiali didattici per la formazione dei professionisti della mediazione e, infine, incisivi strumenti di divulgazione tra il grande pubblico della conoscenza e dell'esperienza della mediazione.

Numerosi sono i contributi raccolti nei volumi pubblicati, segno della capacità di coinvolgimento di giovani ricercatori provenienti da vari atenei sia italiani che stranieri, i quali hanno dato respiro internazionale alla collana tematica. Lungimiranti sono state le scelte di politica redazionale di inserire nel comitato scientifico dei docenti stranieri e, inoltre, di sollecitare la pubblicazione di contributi di giovani studiosi provenienti da altri Paesi che scrivessero nella lingua d'origine sui diversi sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie che si sviluppano nei vari continenti e su vari ambiti, civile e commerciale, familiare e penale.

L'internazionalizzazione collegata alla ricerca sulla mediazione ha permesso alla nostra struttura dipartimentale di ottenere importanti finanziamenti e di stringere collaborazioni con altri atenei stranieri, tra gli altri, spagnoli, cubani, colombiani, argentini, messicani, peruviani, cileni, portoghesi, libanesi. Da ultimo, è stata

sottoscritta dal nostro rettorato l'adesione dell'ateneo di Cagliari alla rete internazionale delle università impegnate nella mediazione (CUEMYC), attualmente presieduta dalla prof.ssa Leticia García Villaluenga dell'Universidad Complutense di Madrid, di recente presente ad un convegno internazionale organizzato a Cagliari.

Con i contributi della collana Quaderni di conciliazione si sono formate le classi degli studenti e dei professionisti che hanno frequentato i numerosi corsi di abilitazione e di aggiornamento per mediatori, che hanno potuto ricevere una preparazione teorica e pratica di respiro internazionale. I volumi pubblicati sono stati messi a disposizione dei discenti e spesso hanno favorito un confronto dialettico con i docenti che dall'esperienza dell'insegnamento hanno tratto spunti di riflessione per l'attività scientifica. La formazione ha potuto superare le frontiere locali e nazionali, per svolgersi all'estero in percorsi internazionali condivisi, che vedono uno scambio di docenti e di discenti tra atenei e centri di mediazione italiani e stranieri.

La collana tematica, infine, ha accompagnato l'intensa attività convegnistica e di divulgazione che negli anni è stata sviluppata a livello locale, regionale, nazionale e internazionale per fare conoscere gli strumenti di risoluzione stragiudiziale dei conflitti operanti nei vari campi. L'Ateneo di Cagliari con i suoi docenti ha organizzato decine di convegni internazionali sulla mediazione, chiamando a confrontarsi esperti di tutto il mondo con gli studiosi, i professionisti e gli studenti che si stanno formando alla nuova cultura della mediazione.

Il rituale scambio dei volumi dei Quaderni di conciliazione, di cui abbiamo fatto omaggio a tutti i colleghi italiani e stranieri con i quali ci siamo confrontati, ha sempre costituito il momento di maggiore suggestione degli incontri internazionali, nei quali il nostro Dipartimento ha offerto un segno tangibile dello sforzo profuso in un'attività di ricerca che non si limita alle disquisizioni sulle complesse questioni tecnico-giuridiche, ma coinvolge direttamente anche problematiche di crescente impatto politico, economico e sociale.

In questo senso, nei Percorsi mediterranei di mediazione per la pace, promossi dall'Associazione Mediatori Mediterranei che riunisce i professionisti formati nel corso degli anni, si è declina-

ta funzionalmente la cultura della mediazione secondo precise coordinate di contesto geografico e culturale strategiche per la nostra realtà e stagione.

La pubblicazione dei volumi segnala pure il passare degli anni e il fisiologico processo di ricambio degli studenti, dei professionisti, dei ricercatori e dei docenti che sono chiamati a impegnarsi nella promozione della cultura della mediazione, anche assumendo i delicati ruoli di responsabilità nella conduzione scientifica della collana tematica, delle attività di ricerca, della formazione e del supporto e sviluppo della professione dei mediatori. Il presente volume segna un passaggio generazionale significativo e cruciale per assicurare la continuità del nostro progetto editoriale e culturale che dalla esperta conduzione del fondatore passa a quella del continuatore che riceve il timone della direzione scientifica delle attività.

Siamo tutti grati al prof. Francesco Sitzia. È grazie alle sue felici intuizioni, alle sue lungimiranti strategie e alle sue riconosciute capacità diplomatiche che è stato possibile progettare e varare dalla città di Cagliari la nostra piccola flotta della mediazione. Grazie alla sua autorevolezza, all'indiscusso prestigio sociale, allo spessore scientifico e umano, egli è stato capace di riunire alcuni giovani docenti, ancora inesperti e del tutto incoscienti, per formarli e arruolarli nel suo equipaggio incaricato dell'ambizioso compito, proclamato proprio nelle iniziali pagine di presentazione del primo volume dei Quaderni di conciliazione, di lanciare la sfida di promuovere la cultura della mediazione e, in particolare, di scontrarsi con l'imperante diffidenza e l'insuperabile resistenza scientifica e professionale del contesto locale e nazionale, che ha fatto desistere la gran parte dei suoi colleghi. Costoro, dinnanzi alle prime difficoltà, hanno ritenuto di dover abbandonare il fronte della mediazione, per ripiegare sulle più tradizionali e sicure sponde delle singole discipline, dove si sono via via riposizionati. Altri colleghi, malgrado le gravi difficoltà iniziali e soprattutto quelle successive dovute anche alla forte dimensione dialettica che caratterizza gli ambienti universitari, hanno ritenuto di dover allargare i loro orizzonti, allontanandosi dalla dimensione locale per prendere il largo, nel tentativo di fare tesoro degli scambi di informazioni ed esperienze internazionali acquisite all'estero, dove le imbarcazioni, oramai navi at-

trezzate, della mediazione solcano rotte ben tracciate e consolidate.

Le rotte della mediazione, che collegano Cagliari alle altre città italiane ed europee, per passare, attraverso le colonne d'Ercole, alle città del continente africano, a quelle dell'America latina, e prossimamente dell'Asia, sono state percorse dai Mediatori Mediterranei, i quali non hanno mai abbandonato la propria sede natale, al contrario l'hanno fatta conoscere e arricchita di contatti personali e relazioni istituzionali rendendola internazionale. Nei percorsi mediterranei della mediazione per la pace, coloro che hanno ritenuto di continuare a percorrere la strada indicata dal prof. Sitzia si sono potuti formare, hanno conosciuto i docenti e gli esperti più preparati che vivono all'estero e operano a livello internazionale, entrando a fare parte della comunità scientifica globalizzata della mediazione. È stato un percorso di crescita umana e professionale certamente gratificante, ma non sempre facile, nel corso del quale è stato talvolta necessario superare alcune delusioni nei rapporti interpersonali a livello accademico, professionale ed amicale.

Uno dei viaggiatori mediterranei salpati da Cagliari, dopo anni di servizio prestato sulle rotte internazionali della mediazione, su richiesta del comandante che lo aveva arruolato affidandogli l'iniziale compito di provare a coordinare la formazione, la divulgazione e la curatela dei contributi da pubblicare nei Quaderni di conciliazione, proprio in questi giorni, ha ricevuto l'invito ad assumere la direzione scientifica della collana tematica e delle varie iniziative in materia. Un impegno gravoso, assorbente per chi vuole provare a dare un contributo alla crescita della rivista e nuovo impulso alla cultura della mediazione, facendo di Cagliari uno scalo internazionale dei percorsi di mediazione e dei suoi Quaderni lo strumento principale di ricerca, formazione e divulgazione.

Caro Francesco, maestro, collega e amico, accetto la sfida del nuovo ruolo di responsabile scientifico, sapendo che con il trascorrere del tempo e la pratica della mediazione siamo profondamente cambiati, nell'aspetto, nel comportamento e forse nell'approccio alla vita, convinti che essersi allontanati per qualche tempo permetta di confrontarsi e conoscersi meglio, scoprire difetti e qualità, superare le apparenze e capire l'essenza delle persone.

Grazie per quanto hai fatto per me e per tutti noi mediatori; vogliamo che resti nel nostro comitato scientifico e ti sollecitiamo a dare il tuo prezioso contributo nella comune sfida per la mediazione, sperando di riuscire a trovare tra gli allievi e gli studenti quelle persone valide e meritevoli che siano disponibili a sostituirmi nel comando della crescente flotta internazionale della mediazione che tu in passato hai varato, io nel presente devo rilanciare e altri in futuro avranno il compito di migliorare.

Un fuerte abrazo

Cagliari 10 ottobre 2017

Il nuovo responsabile scientifico
prof. CARLO PILIA

MARIA ESTHER SOUTO GALVÁN*

FORMACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LOS MEDIADORES EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL EN LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Formación y capacitación de los mediadores en el ámbito civil y mercantil en la Unión Europea. - 2.1. Disposiciones que hacen referencia a la formación de los mediadores. - 2.2. Regulación de la formación y capacitación de los mediadores en los Países de la Unión Europea. - 3. Formación y capacitación de los mediadores en el ámbito civil y mercantil en España. - 3.1. Ley 5/2012 de 6 de julio sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. - 3.2. Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, noviembre 2012.

1. *Introducción.* – “Libertad y razón, clave de la existencia humana personal: si el hombre es consciente de su libertad, aunque esté conculcada, siempre será de ir más allá de toda situación dada; si el hombre es consciente del poder de la razón, siempre será capaz de enfrentarse a una crisis y encontrarle soluciones”¹.

Sartre cree conseguir su intento de distinguir la dialéctica crítica de la dialéctica dogmática de Hegel, definiendo la razón dialéctica, de modo crítico, en el sentido Kantiano, pero razonado dialécticamente a través de la mediación, considerando que el concepto de lo práctico inerte resuelve el problema de la mediación. Según Sartre, la razón dialéctica “no es ni razón constituyente ni razón constituida; es la razón constituyéndose en el mundo y por él disolviéndose en ella las razones constituidas para constituir otras nuevas que a su vez supera y disuelve”.

* Especial referencia a España - *Catedrática de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

¹ J. PAUL SARTRE, *Crítica de la razón dialéctica*, 1960.

A partir de esta premisa, define la mediación cómo otra manera de expresar el planteamiento dialéctico de la libertad y la concepción dialéctica de la razón.

Así nos acercamos al concepto actual de la mediación, cómo método alternativo de resolución de conflictos, dándole una dimensión filosófica necesaria para iniciar el desarrollo del estudio de esta nueva institución.

Históricamente, podemos encontrar experiencias mediadoras tradicionales, “sociedades orgánicas” bajo la ley de la tradición y la idea de jerarquía social, desde la China Imperial a la civilización grecolatina. En el continente asiático, por ejemplo, las costumbres japonesas hacían del líder comarcal el mediador en las disputas formales; en China, se consagró como tradición milenaria, recopilada por Confucio, la resolución del conflicto a través de la persuasión moral (heredada con rasgos comunistas en los actuales Comités Populares de Conciliación). En África aún persisten amplias zonas donde rige una justicia mediadora de tintes tribales, donde la Asambleas comunales o vecinales median en los conflictos entre los miembros de una comunidad, en gran medida determinadas por los extensos círculos de parentesco. En Europa, las cofradías romanas y los gremios medievales fueron espacios laborales donde se solucionaban o encauzaban problemas propios de unas sociedades donde sus miembros eran situados por su lugar en la jerarquía en la producción, en el trabajo. En América encontramos viejos procesos de resolución autónoma y comunitaria aun vigentes: en Sudamérica subsisten tradiciones conciliadoras de origen precolombino en los mapuches chilenos o en comunidades aymaras; y en Norteamérica encontramos organismos de resolución de conflictos (agrarios, vecinales, familiares), propios de comunidades de origen europeo, como los primeros colonos evangélicos (baptistas, puritanos, cuáqueros) o como los posteriores inmigrantes judíos².

En España encontramos testimonios de una primera reglamentación de la tradición mediadora en las Juntas vecinales, los Gremios medievales y a las Hermandades agrarias y rurales. Esta mediación tradicional se atestigua jurídicamente en el Fue-

² S. FERNÁNDEZ RIQUELME, *La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2010.

ro de Avilés (1076), donde se documenta el origen etimológico de la Mediación o “medianedo”, o en las Partidas de Alfonso X (1265), que en su Partida 3, título 4, recoge el término “arbitraje”. A nivel Institucional, junto a la labor de los Jueces de Paz, destacaron organismos donde se resolvían las disputas comerciales y territoriales de los miembros de estas comunidades, como el “Consejo de Hombres Buenos” de la Huerta de Murcia o el “Tribunal de las Aguas” de Valencia. En 1734, el Diccionario de Autoridades de la Lengua Española, definía la Mediación como “la interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro”³.

En la actualidad, la mediación es una forma complementaria a la jurisdicción de resolución de los conflictos judiciales cuyos beneficios se han hecho patentes en diversos sistemas jurídicos.

La Ley 7 de julio de 2012 incorpora al Derecho español 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.

La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la C.N.U.D.M.I. sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

El interés en profundizar tanto en el estudio cómo en el desarrollo de la mediación a nivel nacional e internacional, nos impulsó a crear un foro, la Revista Internacional de Mediación, en el que recogieramos los estudios interdisciplinares de expertos que están sobre la mediación. Esto unido al Plan de formación en mediación a nivel nacional e internacional por medio de nuevas tecnologías que se está desarrollando en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, Universidades Espa-

³ *Ibidem.*

ñolas, Europeas e Iberoamericanas. La Revista es uno de los objetivos principales en el diseño del Plan de formación.

La U.N.E.D. lleva varios años implicada en la formación de mediadores (Curso Modular de Mediación). En este contexto decidimos diseñar un Plan de Formación en Mediación en el que se reunieran las propuestas de modernización de la justicia. Este Proyecto se ha llevado a cabo desde el año 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (U.N.E.D.) en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial (C.G.P.J.), la participación de las Universidades de Cagliari (Italia), Aberysthwyth (Reino Unido), Lorraine (Francia) y Asunción (Paraguay), de Asociaciones españolas y europeas (Asociación Europea de Mediación A.E.M., Asociación de Mediadores Mediterráneos, Italia y Federación Europea de Mediadores) y la Fundación U.N.E.D., persiguiendo objetivos cómo la formación y difusión de la mediación, cómo experiencia de mayor eficacia de la justicia en el ámbito del impulso de las reformas procesales, utilización de nuevas tecnologías en la formación teórica y práctica cómo experiencia de mayor transparencia de la justicia y desarrollo del plan de formación a nivel estatal e internacional, fortaleciendo así, la dimensión jurídica internacional.

La estructura diseñada ha permitido la realización de numerosas actividades que complementan la formación especializada y le dotan de una dimensión internacional clave para la comprensión global de esta materia:

- Convenio con la Universidad de Asunción (Paraguay) para implantar el plan de formación en la Universidad para los funcionarios del Ministerio de Justicia y el de Administraciones Públicas.
- Convenio con la Universidad de Cagliari (Italia) para implantar el plan de formación en la Universidad para los abogados, notarios y mediadores que quieren acreditarse y actuar en España.
- Convenios con la Asociación Europea de Mediación, la Asociación de Mediadores Mediterráneos y la Federación Europea de Mediadores para trabajar y unificar conceptos y métodos de trabajo en la Unión Europea, colaborando con instituciones y asociaciones de otros países, participando en pro-

yectos de investigación y Congresos Internacionales para dar una dimensión internacional a la formación y capacitación de los mediadores, para que puedan ejercer como mediadores en cualquier país europeo.

- Congreso Internacional de difusión de la cultura de la mediación, celebrado el 3 y 4 de mayo en Cagliari, Italia, en colaboración con la Universidad de Cagliari.

En este contexto nace la “Revista Internacional de Mediación”, que, como hemos dicho anteriormente, contará con la colaboración de expertos nacionales e internacionales y cuyo propósito es difundir la cultura de la mediación, tanto en la calidad de la formación de mediadores, como en la implantación de la misma como instrumento fundamental alternativo de resolución de conflictos todo ello partiendo de la premisa de Sartre de “Libertad y razón, clave de la existencia humana personal”.

En los siguientes epígrafes vamos a desarrollar la legislación referente a la formación de mediadores en el ámbito civil y mercantil en España y la Unión Europea.

2. Formación y capacitación de los mediadores en el ámbito civil y mercantil en la Unión Europea.

2.1. Disposiciones que hacen referencia a la formación de los mediadores. – Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas, 2002.

El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁴ tenía como objetivo proceder a una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

En el apartado relativo a cómo debería garantizarse la mediación, hace referencia a la formación de mediadores⁵.

⁴ Presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas el año 2002.

⁵ A los que denomina terceros, estableciendo que son las partes quienes eligen a los terceros responsables del proceso de A.D.R. ya sea que éstas los

Al referirse a la formación de los mediadores considera que la calidad de las A.D.R. se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de éstas. Por tanto, el control de las técnicas exigidas por dichas modalidades requiere una sólida formación. Así pues, la formación profesional desempeña pues un papel primordial, y no sólo desde el punto de vista del funcionamiento de las A.D.R., de su calidad y, por consiguiente, de la protección de los usuarios de las A.D.R., sino también en la perspectiva de la libre prestación de servicios que garantiza el artículo 49 del Tratado.

Considera que incluso los propios jueces necesitan una formación específica. Los terceros encargados de las A.D.R. en el marco de procedimientos judiciales deben estar siempre obligados a justificar individualmente sus competencias, formación o experiencia mínima, que los jueces apreciarán caso por caso o se reconocerá como acreditación. Sin embargo, no se impone ninguna condición similar a los terceros responsables de las A.D.R. convencionales.

El Libro establece que los terceros, tanto si pertenecen como si no a una profesión regulada, se agrupan a veces en asociaciones. Las propias asociaciones proponen a sus miembros seguir una formación o, a veces, imparten ellas mismas la formación a las A.D.R. y establecen, junto con la formación impartida, un sistema de certificación, acreditación y evaluación periódica de sus miembros. Por otra parte, estas asociaciones han impulsado el desarrollo de los códigos de deontología y de resolución de procedimientos. En este sentido, pudiera ser interesante crear una competencia específica en materia de A.D.R. que, cuando los terceros no pertenezcan a una profesión regulada, pueda garantizar el control de las calificaciones y permitir la libre circulación de los terceros⁶.

Al hacer referencia a la acreditación de los terceros dispone que es a las autoridades públicas a las que corresponde cercio-

designen directamente o escojan un órgano que se encargará de nombrarles. Esta selección resulta más fácil cuando los terceros presentan las garantías que les otorgan las anteriormente mencionadas normas de deontología que se hayan comprometido a respetar. Por otra parte, la formación de los terceros incita a plantearse la cuestión de su acreditación.

⁶ Libro verde.

rarse de que existen garantías mínimas de competencia de los terceros. Procede preguntarse si las autoridades públicas deberían continuar el esfuerzo de los profesionales estableciendo sistemas de acreditación de los terceros sin por ello mermar la flexibilidad y la simplicidad de las A.D.R.⁷.

Por último, estima que es probable que se planteen problemas, si no se establece un sistema general de reconocimiento mutuo de las calificaciones por los Estados miembros o las Directivas destinadas a facilitar la prestación de servicios y el establecimiento de los abogados, siempre y cuando los terceros pertenezcan a una profesión regulada⁸.

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.

La Unión Europea decidida a impulsar la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos aprobó la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2008/52 de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Se trata de una Directiva de mínimos que obliga a los Estados miembros a incorporar en sus legislaciones nacionales reglas que permitan al ciudadano alcanzar una salida consensuada a sus conflictos solventando conflictos que en esas cuestiones se planteen entre los particulares. El contenido de la Directiva está orientado fundamentalmente hacia su aplicación a los litigios transfronterizos si bien como señala la propia Directiva nada impide que pueda aplicarse a las mediaciones en conflictos estrictamente nacionales. Su carácter de norma de mínimos hace que una gran cantidad de aspectos queden sin regular para que a nivel interno sean los Estados los que desarrollen el modelo que entiendan más conveniente.

En la Directiva es importante tener en cuenta la referencia que hace a la cualificación profesional que la norma europea exige a las personas que vayan a actuar cumpliendo funciones mediadoras en el conflicto. Ya que remite a los Estados miembros el fomento, de la forma que consideren conveniente, de la

⁷ Libro verde.

⁸ *Ibidem*.

elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación⁹.

La Directiva dispone que los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes¹⁰. De esta manera establecen el control de la calidad de la mediación.

Por tanto, queda excluida de la Directiva la regulación de la capacidad para poder ejercer como mediador, la exigencia de una formación especializada exigible y el régimen de responsabilidad administrativa, civil y penal exigible. Así pues, los Estados miembros van a disponer de plena autonomía legislativa al respecto¹¹.

*2.2. Regulación de la formación y capacitación de los mediadores en los Países de la Unión Europea*¹². – A continuación vamos a enumerar de una manera descriptiva los requisitos de los Estados miembros en el establecimiento de la formación de mediadores.

Bélgica - La Comisión Federal de Mediación es la que reglamenta la profesión y mantiene actualizada la lista de los mediadores acreditados. Esta Comisión garantiza, gracias a la acreditación de los mediadores, la calidad y el desarrollo de la mediación¹³. En

⁹ Artículo 4 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.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 4.

¹¹ T. HUALDE MANSO, prof. Titular de Derecho Civil. Universidad Pública de Navarra. Investigadora perteneciente a ESECO, "*La capacitación profesional de los mediadores*".

¹² Toda la información relativa a la mediación en los países Miembros se encuentra en la página web http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33251_es.htm.

¹³ La lista de mediadores está disponible en neerlandés y en francés.

Bélgica los asuntos mediables son los siguientes¹⁴: Derecho civil, incluidos los litigios familiares; Derecho mercantil; Derecho laboral; El ámbito de mediación más frecuente es el derecho civil, especialmente los asuntos familiares. Existe un Código de Conducta de los mediadores, disponible en neerlandés y francés.

La Comisión Federal de Mediación ha regulado la formación de los mediadores, aunque la formación propiamente dicha corre a cargo del sector privado. El programa comprende un tronco común de 60 horas que se reparten en un mínimo de 25 horas de formación teórica y un mínimo de 25 horas de formación práctica. El tronco común abarca los principios generales de mediación (ética/filosofía), el estudio de las diferentes modalidades alternativas de solución de conflictos, el derecho aplicable, los aspectos sociológicos y psicológicos y el proceso de mediación. Los ejercicios prácticos cubren las materias del programa y desarrollan, mediante juegos de rol, la aptitud para negociar y comunicar. Además de este tronco común, existen programas específicos de un tipo determinado de mediación (un mínimo de 30 horas que se reparten libremente entre el tiempo de formación teórica y práctica). Existen programas específicos centrados en la mediación en los ámbitos familiar, civil y mercantil y social.

Los Criterios de acreditación de mediadores se encuentran recogidos en las Directrices para la presentación de solicitudes para obtener la acreditación de mediador en virtud de la Ley de 21 de febrero de 2005.

La Decisión de 1 de febrero de 2007 dispone las condiciones y procedimientos de autorización de los centros de formación y de la formación de mediadores autorizados para la formación básica y la Decisión de 18 de diciembre de 2008 define las obligaciones de los mediadores acreditados en materia de formación continua y los criterios de acreditación de los programas en este ámbito.

Bulgaria - El Ministerio de Justicia de Bulgaria ha creado un registro de mediadores integrado en el registro central de organizaciones colectivas sin fines de lucro que ofrecen servicios de

¹⁴ Existe asimismo una mediación penal y compensadora, pero estos ámbitos no son competencia de la Comisión Federal de Mediación.

utilidad pública: una lista de mediadores y los datos de organizaciones privadas de formación de mediadores.

La mediación es totalmente voluntaria. Constituye un medio de solución de conflictos alternativo al pleito judicial, pero no es condición para poder incoar un proceso judicial.

No existe código de conducta específico para los mediadores. Sin embargo, se han establecido disposiciones sobre normas deontológicas en la Ley de Mediación y en el Reglamento n.º 2 de 15 de marzo de 2007, que establece las condiciones y procedimientos de aprobación de organizaciones que prestan servicios de mediación.

República Checa - El Servicio de Mediación de la República Checa es un órgano centralizado responsable de la mediación en los procesos penales (y, hasta cierto punto, en los procesos civiles). Depende del Ministerio de Justicia.

El Ministerio de Justicia financia programas de formación de arbitraje. Una vez que se adopte la legislación especial sobre mediación, se promoverá esta modalidad alternativa de solución de conflictos.

Dinamarca - En Dinamarca pueden contratarse los servicios de un mediador privado. Esta mediación privada no está legalmente regulada y sus costes serán de cuenta de las partes. Existe además la posibilidad de mediación en asuntos civiles ante los tribunales de distrito, el Tribunal Superior y el Tribunal Marítimo y Mercantil. Las reglas de la mediación judicial en los asuntos civiles tramitados ante los tribunales de distrito, el Tribunal Superior o el Tribunal Marítimo y Mercantil están contenidas en el capítulo 27 de la Ley de la administración de Justicia. Según ella, a solicitud de las partes, el tribunal puede designar un mediador judicial que les ayude a alcanzar un acuerdo para resolver el conflicto (mediación judicial). La finalidad del procedimiento es ofrecer a las partes la oportunidad, si lo desean, de resolver el conflicto por medios alternativos a la conciliación judicial tradicional, basada en las normas legales, o a la sentencia judicial. La mediación judicial ofrece así la oportunidad de llegar a un acuerdo, que será más satisfactorio para ambas partes al permitirles un mejor control de los acontecimientos y la

consideración de sus intereses subyacentes, sus necesidades y sus perspectivas futuras. El mediador puede ser un juez, un funcionario del órgano jurisdiccional o un abogado autorizado por la administración judicial para actuar como tal en el ámbito territorial de competencia del Tribunal Superior correspondiente.

Estonia - En Estonia se distingue entre mediación y conciliación. La mediación es un concepto amplio que abarca todas las actuaciones de un tercero independiente que interviene ante las personas en desacuerdo sobre cualquier asunto, pero que no tiene las atribuciones de un árbitro judicial. La información sobre los conciliadores que actúan con arreglo a la Ley de conciliación, incluidos notarios y abogados, se encuentra en los sitios web de las personas que actúan como conciliadores. En la sitio del Colegio de Notarios figura la lista de notarios dispuestos a actuar como conciliadores. La misma información sobre los abogados se encuentra en el sitio del Colegio de abogados de Estonia. La formación de los mediadores la imparte el sector privado (p.ej. Asociación de mediadores). La formación de los mediadores no se rige por ninguna normativa específica.

Irlanda - Como norma general, la formación de los mediadores no es competencia del Estado. No obstante, la Agencia de Asesoramiento Familiar imparte formación en el ámbito de la mediación familiar. Para recibirla, los solicitantes deben haber completado un curso general sobre mediación de 60 horas de duración y someterse a un proceso de selección riguroso.

Grecia - La Administración y los profesionales de la justicia griegos son conscientes de las ventajas de la mediación. Hay dos instituciones que prestan servicios de mediación: En el ámbito del Derecho laboral, el Ministerio de Trabajo ofrece un servicio público de audiencia oficial a los trabajadores en caso de conflicto laboral. El servicio está asignado a la Inspección de Trabajo, que encomienda a un inspector especializado la programación de la audiencia para que el trabajador exponga en ella su posición. La audiencia es independiente de cualquier procedimiento judicial. En el ámbito del Derecho mercantil, el Defensor del Consumidor actúa como órgano independiente de protección de los derechos del consumidor. Su función es me-

diar y resolver conflictos, a título gratuito, entre consumidores y proveedores, siempre que no exista un procedimiento judicial en curso. El recurso a la mediación es totalmente voluntario. Los mediadores no están sujetos a ningún código deontológico nacional. Grecia no ha aplicado aún la Directiva 2008/52/CE.

Francia - En Francia no existe una autoridad central o gubernamental responsable de reglamentar la profesión de mediador, y actualmente, no está previsto crearla. En la actualidad, el Derecho positivo francés no prevé ninguna formación especial para ejercer la mediación, salvo en materia familiar. En efecto, en dicho ámbito, se creó un diploma de mediador familiar mediante Decreto de 2 de diciembre de 2003 y Orden de 12 de febrero de 2004.

En materia de mediación familiar, los textos prevén la formación a cargo de centros autorizados y un diploma expedido por el prefecto de la región al término de una formación o de pruebas de certificación de la experiencia. La formación corre a cargo de los centros autorizados por la Dirección regional de asuntos sanitarios y sociales, la D.R.A.S.S. En estos centros, los alumnos siguen una formación de 560 horas distribuidas en tres años con al menos 70 horas de prácticas. Al término de la formación, el candidato pasa unas pruebas.

Italia - El artículo. 18, párrafo 2, del Decreto Ministerial 145/2011 establece las técnicas de interacción comunicativa y el contenido de la formación en habilidades de comunicación del mediador.

Respecto a la formación de los mediadores el Decreto dispone que “deben tener una formación específica y una actualización específica por lo menos cada dos años, adquirido de los centros de formación de acuerdo con el artículo 18.” En esta disposición establece específicos, en particular, la referencia a la formación de la directiva europea “inicial” y “siguiente”, es decir el doble aspecto de la formación básica específica y un igualmente específico una actualización periódica. Para confirmar el papel central de la educación en la definición de la institución de la mediación introduce una disciplina mucho más detallada y se refiere tanto a la formación básica y la actualización, con indicación de la asignatura obligatoria de la formación del mediador: “ la creación y el establecimiento de un programa de formación, durante un periodo to-

tal de no menos de 50 horas, divididas en clases teóricas y prácticas, con un máximo de treinta participantes por curso, incluidas las sesiones simuladas participaron los estudiantes, y una evaluación final del período mínimo de cuatro horas, dividido por separado para la teoría y la práctica, los cursos teóricos y prácticos deben estar relacionados con los siguientes asuntos: nacional, comunitario e internacional de mediación y conciliación metodología de facilitación, negociación, mediación, y relacionados técnicas de gestión de conflictos y la interacción comunicativa, también con referencia a la mediación del juez asignado, la eficacia y el funcionamiento de la mediación y la conciliación contractual, la forma, el contenido y los efectos de la aplicación de la mediación y la conciliación, los derechos y las responsabilidades de mediador.

Chipre - A diferencia de lo que sucede en el arbitraje, no existe ninguna normativa específica sobre el proceso de mediación y, por tanto, no hay normas concretas que deban seguirse.

Letonia - El uso de la mediación para resolver litigios civiles está todavía en sus inicios en Letonia. No existe ningún organismo central responsable de la regulación de la profesión de mediador. No existen reglamentos ni códigos de conducta específicos que regulen las actividades de los mediadores. No existe ningún sitio web específico de información sobre mediación, ni un organismo nacional responsable de la formación de los mediadores. Está prevista la creación de una sección independiente sobre mediación en el Portal de la Justicia.

Lituania - Tampoco existe de momento un programa de formación en este terreno. Sin embargo, el Ministerio de Justicia (Teisingumo ministerija) y algunas instituciones privadas ofrecen formación. Dichas instituciones privadas no están sujetas a ninguna reglamentación.

Luxemburgo - La Universidad de Luxemburgo ofrece un programa de formación (título de máster) en mediación.

Hungría - No se dispone de un sitio web concreto que publique información en inglés sobre temas de mediación, ni de un instituto de formación de mediadores a escala nacional.

Malta - El Centro de Mediación de Malta organiza esporádicamente cursos de formación de mediadores. El primero de ellos, sobre destrezas para la mediación, se impartió en julio de 2008. Otro curso, encaminado a la adquisición de tales destrezas pero que hizo hincapié en los aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de las separaciones, tuvo lugar del 16 al 18 de abril de 2009.

Países Bajos - El Instituto Neerlandés de Mediación (N.M.I.) facilita información sobre la mediación y sobre el Registro de mediadores. El N.M.I. presta un servicio independiente de garantía de calidad en materia de mediación y mediadores a escala nacional y mantiene un registro público de mediadores. Los mediadores registrados por el N.M.I. tienen la formación y las cualificaciones precisas para actuar como tales de conformidad con las normas sobre mediación del propio Instituto. Se obligan a ajustarse al Sistema de garantía de calidad del N.M.I. Para registrarse como mediador en el N.M.I. hay que cumplir dos requisitos básicos: Terminación con éxito de la formación como mediador acreditada por el N.M.I. y superación de una evaluación de los conocimientos adecuados. El N.M.I. ha acreditado varios centros de formación en mediación. Sus programas varían desde un curso básico de seis días de duración (más algunas tardes) hasta cursos de 20 días o más. La terminación con éxito de alguno de estos cursos es el primer requisito para la admisión en el Registro del NMI. El segundo requisito es la superación de una prueba de evaluación de los conocimientos adecuados. Esta prueba fue desarrollada para el N.M.I. por la Universidad de Leiden. Contiene 50 preguntas de elección múltiple, más cinco preguntas abiertas. Los conocimientos adecuados están recogidos en el «Mediation Handboek» (ed. Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos).

Austria - El Registro de mediadores establece los requisitos sobre la formación y para inscribirse registro como mediador en Austria.

Polonia - La Administración pública no organiza cursos de formación específica para mediadores, ya que el Centro Nacional de Formación de Personal ofrece tales servicios únicamente

a jueces y fiscales. Los mediadores pueden elegir la formación que reciben seleccionándola entre la oferta de los centros privados, cuyos programas difieren. El Ministerio de Justicia mantiene estadísticas sobre mediación, desglosada en tres categorías: 1. La primera categoría comprende los casos en los que se ha llegado a un acuerdo; 2. La segunda categoría comprende los casos en que no se ha llegado a un acuerdo; 3. La tercera categoría se centra en otras modalidades de solución de conflictos.

Portugal - Portugal tiene un órgano administrativo centralizado encargado de la regulación de las actividades de mediación, el Gabinete para la Resolución Alternativa de Litigios (G.R.A.L., Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios). No hay un servicio nacional de formación de mediadores, la cual corre a cargo de entidades privadas. El Ministerio de Justicia acredita los cursos de mediación de estas entidades exigiendo un cierto número de horas de aprendizaje, determinadas prácticas de enseñanza y contenidos concretos del programa. Las entidades privadas que imparten formación a mediadores con vistas a su inclusión en las listas del G.R.A.L. deben cumplir los criterios de formación. El programa de formación garantiza que posean la capacidad y la credibilidad profesional para resolver conflictos de familia, empleo, penales y civiles a través de la mediación.

Rumanía - El Consejo de Mediación, creado por la Ley 192/2006, de mediación, es el órgano supervisor en este campo. Es un organismo autónomo que actúa en interés público y tiene su sede en Bucarest.

La Ley 192/2006 estableció el marco legislativo para la introducción de la mediación, en el que operan los profesionales de esta disciplina. La formación en mediación es exclusivamente privada, pero el Consejo de Mediación debe autorizar a los prestadores para asegurar que todos los cursos respondan a los mismos criterios. El sitio web del Consejo de Mediación incluye también una lista de prestadores de formación de mediación. Los cursos de formación se imparten regularmente. Actualmente existe un programa de formación correspondiente al curso de formación inicial (80 horas), en el que se establecen los objeti-

vos de aprendizaje, las capacidades a desarrollar y los métodos de evaluación. Los ocho formadores autorizados por el Consejo de Mediación elaboran los materiales de apoyo y los ejercicios con arreglo al marco establecido por el programa nacional de formación.

Eslovenia - Desde el 15 de junio de 2010, las partes de litigios en materia mercantil, laboral, familiar y otros ámbitos del Derecho civil pueden recurrir a la mediación en todos los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia. El Ministerio de Justicia mantiene un registro central de mediadores que actúan en los programas de los órganos jurisdiccionales. El registro figura en el sitio web del Ministerio. Cada órgano jurisdiccional incluye en su sitio web la lista de mediadores que actúan en ese órgano jurisdiccional. La Asociación eslovena de mediadores mantiene la lista de mediadores que son miembros de dicha Asociación, y la Asociación MEDIOS, la lista de las organizaciones de mediación que son miembros de MEDIOS. No existe ningún órgano nacional o centralizado responsable de la mediación. No obstante, el Ministerio de Justicia ha creado un Consejo para la resolución alternativa de litigios que asesora al Ministerio de Justicia sobre el funcionamiento de la resolución alternativa de litigios en Eslovenia. El Consejo se creó en marzo de 2009. La mediación puede utilizarse para resolver asuntos civiles, familiares, mercantiles y otros relacionados con la propiedad que pueden ser planteados y resueltos por las partes. La mediación también se admite en otros ámbitos siempre que la ley no lo prohíba. La información sobre la mediación y la forma de ponerse en contacto con un mediador se encuentra en los sitios web de diversas O.N.G. y órganos jurisdiccionales. No existe ningún órgano nacional de formación. De la formación de mediadores se encargan diversas O.N.G. y entidades privadas. El Centro de formación judicial del Ministerio de Justicia imparte ocasionalmente formación sobre mediación.

Eslovaquia - El sitio web del Ministerio de Justicia eslovaco contiene una sección sobre mediación, en lengua eslovaca únicamente. La sección sobre mediación del sitio web del Ministerio de Justicia eslovaco informa sobre la mediación en lengua

eslovaca. Para más información, puede consultarse el sitio web de la Red Judicial Europea.

Finlandia - La gestión general, las directrices y la supervisión de la mediación en las causas penales y en determinadas causas civiles son responsabilidad del Ministerio de Asuntos Sociales. A las oficinas provinciales del sistema estatal de salud y bienestar corresponde garantizar la disponibilidad de servicios de mediación en cualquier parte del país. Hay disponible un folleto sobre la mediación judicial en el sitio web del Ministerio de Justicia. El Instituto Nacional de Salud y Bienestar (T.H.L.) organiza cursos de formación para mediadores.

El Instituto recopila también información estadística sobre la mediación en las causas penales y civiles, supervisa y lleva a cabo investigaciones sobre estas actividades, y coordina las iniciativas de desarrollo en esta materia. Sus actividades cuentan con el apoyo de la Junta Asesora sobre Mediación en las Causas Penales y Civiles.

Suecia - No existe un organismo central encargado de regular la profesión de mediador. Para solicitar información sobre la mediación cabe ponerse en contacto con la Agencia Nacional Sueca de la Judicatura (Domstolsverket) o la División de Derecho Procesal y Asuntos Jurisdiccionales del Ministerio de Justicia. No hay información específica sobre la formación para la mediación, ni existe ninguna institución nacional para la formación de mediadores.

Inglaterra y Gales - El Ministerio de Justicia es responsable de la política de mediación, incluida su promoción. El Servicio Nacional de Asistencia en Línea para la Mediación (National Mediation Helpline) ofrece información sobre mediación, servicios y precios. El Servicio de Asistencia para la Mediación en Asuntos de Familia (Family Mediation Helpline) ofrece información sobre mediación familiar y financiación pública, así como respuestas a preguntas frecuentes, estudios de caso y clips de vídeo. Ambos servicios son sitios web patrocinados por la Administración. El Ministerio de Justicia es el propietario; sin embargo, su administración se ha externalizado. No existe ningún organismo de formación nacional de mediadores civiles en In-

glaterra y Gales. Obtienen su instrucción en el sector privado, cuya prestación no se encuentra regulada. La profesión se autorregula y se ocupa de la formación de sus miembros.

Los mediadores familiares presentan diversas procedencias, entre los que figuran los servicios jurídicos, terapéuticos o sociales, y no existe ningún requisito legal que les obligue a recibir formación especializada. En cualquier caso, las distintas organizaciones de afiliación/acreditación mantienen sus propias normas profesionales y sobre formación, en las que se recogen diversos requisitos a este respecto.

Irlanda Del Norte - El Colegio de Abogados (Law Society) de Irlanda del Norte ha desarrollado un servicio de resolución de controversias, con objeto de prestar servicios de mediación para la solución de litigios. Este servicio no se limita a litigios planteados ante los tribunales, sino que puede utilizarse también en cualquier fase de una controversia. Los abogados (solicitors y barristers) que integran el grupo de resolución de controversias han recibido formación y están acreditados por el Colegio de Abogados (Law Society).

Escocia - La política de mediación en Escocia es competencia del Servicio del Ordenamiento Jurídico, perteneciente a la Dirección General de Asuntos Constitucionales, Legislativos y Judiciales del Gobierno Escocés. Desde el año 2004, la red S.M.N. ofrece en su sitio web un «mapa de la mediación», que ha sido actualizado en varias ocasiones con el apoyo económico del Gobierno Escocés. El vínculo aparece en varios folletos y sitios web que remiten al usuario al Registro y a la ventanilla de información incluida en él para facilitar la búsqueda de mediadores cualificados. El Registro define asimismo las cualificaciones de los mediadores para que los interesados dispongan de mejor información al proceder a su selección. En Escocia existen programas de formación para las distintas áreas de mediación. Todos tienen una duración mínima de 30 horas y versan sobre los temas siguientes:

- Principios y práctica de la mediación
- Fases del proceso de mediación
- Ética y valores en la mediación
- Marco jurídico de los conflictos (si procede)

- Habilidades de comunicación útiles en los procesos de mediación
- Técnicas de negociación y su aplicación
- Consecuencias de los conflictos y forma de afrontarlas
- Temas de diversidad

3. Formación y capacitación de los mediadores en el ámbito civil y mercantil en España.

3.1. Ley 5/2012 de 6 de julio sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. – La ley española 5/2012 de 6 de julio sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles declara en su preámbulo que el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. Por tanto, el régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública.

La figura del mediador va a ser, por tanto, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir. La Ley va a utilizar el término mediador de manera genérica sin prejuzgar que sea uno o varios.

Es interesante, tener en cuenta el papel muy relevante en este contexto de los servicios e instituciones de mediación, que desempeñan una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación.

La Ley va a dedicar el título III al estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparciali-

dad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores.

Se van a establecer las siguientes condiciones para ejercer de mediador:

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga¹⁵.

El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, serán los responsables de asegurar la calidad y autorregulación de la mediación, fomentando y requiriendo la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos¹⁶.

3.2. Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, noviembre 2012. – Como hemos comentado anteriormente, la Ley de mediación en asuntos civiles y mercan-

¹⁵ Artículo 11 de la Ley 5/2012.

¹⁶ Artículo 12 de la Ley 5/2012.

tiles ha venido a establecer un régimen general de esta institución en España, con el propósito de favorecer su desarrollo como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

La ley configura un modelo que tiene en la figura del mediador una de sus piezas esenciales, en tanto que responsable de dirigir un procedimiento cuyo propósito es facilitar el consenso en situaciones de conflicto. Por ello la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles hace una apuesta clara por la calidad de la mediación, lo que lleva a imponer determinados requisitos al mediador. La ley ha querido dejar también un margen de intervención del Gobierno en aras a incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos y le habilita para desarrollar su contenido en tres aspectos esenciales: la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad¹⁷.

La formación del mediador constituye un requisito fundamental del mismo, ligado a la eficacia con la que ha de desempeñar su labor y que, además de la ley, ampara la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que establece la obligación de los Estados miembros de fomentar “la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente”.

El real decreto parte de una concepción abierta de la formación, sin establecer requisitos estrictos o cerrados respecto a su configuración, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios. De éstas dependerá la duración y contenidos de la formación para que el mediador cuente con la preparación necesaria¹⁸.

Sin embargo, el proyecto, dentro de esa concepción abierta de la formación si establece algunos límites: el primero es el de sus contenidos generales. El segundo es la duración mínima de la formación, en línea con lo que han establecido los países de

¹⁷ Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores.

¹⁸ Preámbulo, Proyecto RD.

nuestro entorno. El tercero se refiere a la formación a distancia, que se justifican porque determinados conocimientos que ha de adquirir el mediador exigen que esas cuestiones sean tratadas y aprendidas a través de una formación asistencial y debidamente tutelada. El cuarto límite reside en la distribución de esa formación de carácter teórico o práctico. Y el quinto condicionamiento consiste en la exigencia de formación continua que el mediador también debe procurarse.

Este carácter abierto no significa que la formación no deje de estar al servicio de la mayor calidad de la mediación y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, que se regula en el capítulo III de este real decreto, podrá rechazar la inscripción de un mediador cuya formación no se ajuste a los fines perseguidos con la misma.

La publicidad de los mediadores se articula a través de la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia. La posibilidad de creación de este Registro está prevista en la disposición final octava de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y como indica su nombre no sólo comprende los mediadores, sino también las instituciones de mediación.

La finalidad de este Registro es facilitar la publicidad y la transparencia de la mediación y con ello reforzar la confianza de los ciudadanos en este instrumento para la resolución de conflictos de los mediadores profesionales y las instituciones que tengan por objeto el impulso y administración de la mediación. Para conseguir este propósito el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación se conforma como una base de datos informatizada a la que se accede gratuitamente a través de la página web del Ministerio de Justicia¹⁹.

Atendiendo a su finalidad, el Registro se estructura en dos secciones: la primera destinada a la inscripción de los mediadores y la segunda para las instituciones de mediación. La inscripción en el Registro no se configura con carácter obligatorio sino voluntaria para mediadores e instituciones de mediación. Sin embargo, la regulación que se hace del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación hace de él una pieza impor-

¹⁹ *Ibidem*, Preámbulo.

tante para reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, en la medida que la inscripción en el mismo, previa comprobación por los responsables de su gestión del cumplimiento de los requisitos exigidos a los mediadores, permitirá a estos acreditar su condición. A este respecto debe recordarse la importancia de esta acreditación en relación con cuestiones como son la suspensión de plazos de prescripción o de caducidad durante una mediación o que el principio de confidencialidad despliegue sus efectos en un posible proceso posterior entre las partes que previamente recurrieron a la mediación.

El último capítulo del real decreto se dedica a regular la obligación de aseguramiento que la ley impone a los mediadores y que se articula a través de un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

Al hacer el análisis de los artículos relativos a la formación vemos que establece que el objeto del Real Decreto es desarrollar las disposiciones de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en relación con la formación, la publicidad y el aseguramiento de los mediadores²⁰. El artículo 2 dispone que el ámbito de aplicación de R.R serían aquellos mediadores que desarrollen su actividad profesional al amparo de lo dispuesto en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El proyecto de R.D. determina que el mediador deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación. Esta formación se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a las materias que no puedan someterse a mediación y la imposibilidad de que los acuerdos de mediación afecten a terceros que no participaron en la mediación²¹.

El contenido de la formación deberá completar la que corresponda al mediador en función de su titulación. Respecto a la formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, en relación con el ámbi-

²⁰ Artículo 1, Proyecto R.D.

²¹ Artículo 3, Proyecto R.D.

to en el que presten sus servicios, sus aspectos jurídicos, psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos²².

El proyecto dispone que la formación específica de la mediación se desarrollara tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 30 por cien del total de la misma. Si la formación se desarrollara a distancia a través de medios electrónicos, al menos un 40 por cien de la misma habrá de ser presencial cuando su duración sea inferior a 80 horas. Cuando la duración sea superior a las horas indicadas la parte presencial será como mínimo del 20 por cien.

En lo relativo a la duración de la formación del mediador establece que estará relacionada con su titulación y su experiencia profesional. Así mismo, dispone que los mínimos de formación específica que será de 50 horas²³.

Sin embargo, el artículo 6 va a disponer que los mediadores deberán realizar actividades de formación continua, de carácter eminentemente práctico, al menos, una vez cada cinco años, la cual tendrá una duración mínima de 20 horas.

Serán los centros o entidades de formación, públicos o privados, que cuenten con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia los que impartirán la formación de los mediadores.

Estos centros deberán ajustar los cursos que impartan a las disposiciones del real decreto, asegurando la adquisición de los conocimientos y habilidades que son exigibles a aquéllos.

Los centros de formación deberán organizar actividades de formación continua, especialmente de carácter práctico dirigidas a los mediadores que ya contaran con formación inicial para el ejercicio de la mediación.

Así mismo, será válida la formación recibida ante instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus respectivos países y cumplan los requisitos mínimos que establece el real decreto²⁴.

²² Artículo 4, Proyecto R.D.

²³ Artículo 6 R.D.

²⁴ Artículo 7 R.D.

El proyecto de R.D. hace referencia en su Capítulo III al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, cuestión de gran interés ya que la inscripción de un mediador en este, le acredita como mediador. Así pues, es interesante tener en cuenta que el objeto del Registro que tiene por finalidad facilitar el acceso a la mediación de los ciudadanos a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones que tenga por objeto el impulso y administración de la mediación²⁵. Qué tendrá carácter público e informativo y se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través de la página web del Ministerio de Justicia²⁶.

La inscripción de los mediadores que se dediquen al ejercicio profesional de la actividad de mediación de conformidad con las previsiones de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y de las instituciones de mediación en el Registro será voluntaria²⁷.

Es de gran relevancia que la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación acredite la condición de mediador a los efectos previstos en la ley en relación con otros países europeos que han establecido unos criterios muy exigentes respecto a la acreditación²⁸.

²⁵ Artículo 8 y 9 R.D.

²⁶ Además de las normas de este real decreto, serán de aplicación al Registro las normas que regulan el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

²⁷ La inscripción tanto de las instituciones de mediación como de los mediadores se efectuará mediante la declaración de los datos previstos en este real decreto en el formulario existente a tal fin en la sede electrónica del Ministerio de Justicia en la dirección <https://sede.mjusticia.gob.es>.

²⁸ La Información que deben proporcionar los mediadores para su inscripción en el registro es a través del formulario de solicitud contenido en la sede electrónica del Ministerio de Justicia, aportando los siguientes datos: a) Su nombre, apellidos y número de documento nacional de identidad; b) Dirección profesional e información de contacto, incluida su dirección electrónica y página web si la tuvieren; c) Especialidad profesional; d) Titulación, formación específica de mediación y experiencia profesional; e) Área geográfica de actividad profesional; f) Póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que hubiera consti-

También podrán inscribirse mediadores reconocidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, que acompañarán a su solicitud una certificación oficial del registro de su país o certificación de su condición expedida por la autoridad competente del Estado de que se trate.

El Registro prevé la inscripción de instituciones de mediación y mediadores²⁹, con independencia de su carácter público o privado, así como de su nacionalidad española, extranjera o su carácter internacional³⁰.

tuido. Se indicará una dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que constituyera la garantía equivalente. g) Su integración, en su caso, en alguna institución de mediación; h) Su inscripción, en su caso, en algún otro registro de mediadores dependiente de otra Administración Pública.

²⁹ Artículo 19. Información a proporcionar al Registro.

1. La información que habrán de proporcionar las instituciones de mediación al solicitar su inscripción en el Registro de instituciones de mediación es la siguiente: a) La denominación; b) El domicilio incluida su dirección electrónica y página web si la tuvieren. Cuando tengan página web indicarán si en la misma se puede consultar sus estatutos o reglamentos en materia de mediación, códigos de buenas prácticas si los tuvieren y el listado de mediadores que actúen en su ámbito, así como cualquier otra información que se considere relevante a los fines de la mediación; c) Los fines y actividades estatutarias, así como sus especialidades; d) El ámbito territorial de actuación; e) La disponibilidad de medios electrónicos para el desarrollo de la mediación; f) En su caso, póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

2. Las instituciones de mediación extranjeras o de carácter internacional que se inscriban en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación habrán de indicar, además, la ley aplicable a las mediaciones que desarrollen en España o en otros países, así como si se encuentran inscritas en el Registro de otros países.

³⁰ Artículo 18 R.D.

PAUL B. LEWIS

MULTINATIONAL CORPORATIONS AND VOLUNTARY AND COMPELLED CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

SOMMARIO: 1. Introduction. - 2. The Fundamental Issues at Stake: Corporations, Globalization, Fiduciary Responsibilities, and the Impact on the Communities in Which They do Business. - 3. Consumer Response and Voluntary Compliance. - 4. Can Corporate Social Responsibility Be Imposed. - 5. Conclusions: Where Are We Now and What Will the Future Bring?

1. *Introduction.* – A vast literature has emerged in the last decade on the subject of the impact of globalization on economic, political, and cultural issues internationally. In a world of liberalized trade, a company's activities impact far more than merely economic concerns. Rather, in addition to the economic, the enterprises of international corporate entities often have political, cultural, and social ramifications. Thus, the impact of corporate policy may play a major role in impacting human rights globally. Until relatively recently, most discussion of human rights centered on governmental rather than private action. However, the policies of large, multinational companies increasingly are determinative of the extent to which human rights are adhered to or are abused globally. Yet international law has on the whole been slow and largely ineffective in reacting to the role which non-state actors play in shaping the world economically and socially.

This paper will address issues of corporate social responsibility in light of the interplay between commercial activity and human rights. Its focus is on a number of issues. First, it examines the basic role of the corporation and how corporate activity has developed during recent history. In terms of the latter, this includes the question of how human rights fit into the strategy and actions of a socially responsible multinational corporation whose activities

may impact human rights both directly and indirectly, such as in how the company's working conditions and environmental standards affect the prospect of long-term sustainable economic development. Second, it addresses the question of whether non-legal factors, such as through the creation of voluntary incentives, can induce corporations to engage in ethical behavior. And finally, it considers the question of whether the international legal system, in conjunction with certain domestically imposed legal obligations, can yield socially desirable corporate activity.

To aid in the examination of these issues, the paper briefly considers the ramifications of economic globalization, the role that companies play as social actors within a society, and the risk which corporations potentially face in being associated with human rights abuses. It concludes with a discussion of the future development of corporate social responsibility policy in light of both the foregoing concerns and of corporate responsibilities both to shareholders and to other parties in interest.

2. The Fundamental Issues at Stake: Corporations, Globalization, Fiduciary Responsibilities, and the Impact on the Communities in Which They do Business. – The starting point for a discussion of corporate social responsibility must begin with the basic premise that a corporation's purpose is to make money for its shareholders. That is its legal charge. In his famous essay in the New York Times in 1970, Milton Friedman noted that "*the social responsibility of business is to increase its profits*". According to Friedman, political mechanisms, not market mechanisms, are the appropriate way to determine the allocation of scarce resources. He believed that the greatest good for all would transpire if businesses made decisions based solely on increasing shareholder value.

Many huge multinational corporations have annual profits that exceed the gross national products of numerous less developed nations. Liberalization of trade, in conjunction with numerous issues in less developed countries, such as lack of financial capital and high unemployment rates, has created not only significant incentives for multinationals to invest in less developed countries, but also has brought about the creation in these

countries of legislation designed to entice foreign investment, including, in many instances, relatively nominal controls over the foreign investor's domestic operations. In other words, the desire of less economically developed countries to attract foreign investment has led to conditions whereby incentives are created for lax control of environmental, educational, health and human rights compliance by companies free to move their investment elsewhere.

The benefits for underdeveloped countries of financial investment by multinational corporations are readily apparent. Jobs are created, infrastructure may be improved, knowledge can be conveyed. In addition, taxes are paid, which in turn allows governments to provide additional goods and services for its citizens. So directly or indirectly, corporations may be a force for good in a vast array of ways connected to human rights – providing work, food, shelter, education, and generally enhancing the quality of life.

But the upside of multinational corporate activity must also be judged in light of the attendant risks of such corporate activity. These risks include that multinational corporations may impinge upon human rights, they may exploit workers, they may harm the environment, and they may otherwise do disservice to other potentially vulnerable populations. Accordingly, there has been an increased push – particularly in the industrialized world – to establish methods of determining accountability and responsibility for corporations whose activities traverse national boundaries that extend beyond traditional domestic regulation.

Nations, rather than corporations, have traditionally held the responsibility to ensure compliance with human rights and environmental standards promulgated under international treaties and laws. As a result, corporations could shield themselves from scrutiny by pointing to the host nation as the responsible party. That is, the multinational could claim that, since the State bore compliance obligations under conventional law, any human rights concerns implicated, environmental issues that arose, or other problems stemming directly from the behavior of the multinational itself was in fact directly attributable not to the company and its activities itself, but rather to the host State's lack of environmental, social, political and human rights controls. With jurisdictional issues abundantly apparent, only relatively recent-

ly have courts in a multinational's country of incorporation been willing to address issues of international malfeasance by multinationals, and then only in limited fashion. These attempts have primarily focused on so-called "soft law" initiatives to drive corporate compliance – such as through industry-based initiatives or through enactments such as the United Nations Global Compact – initiatives which lack the force of binding, concrete positive law enactments designed to protect such elements as human rights, labor, and environmental abuses.

Accordingly, the past thirty years has witnessed the advent and growth of the corporate social responsibility movement. The United Nations *Universal Declaration of Human Rights* preamble states that "*recognition of the inherent dignity of the equal and unalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world*". The recognition of this basic principle and the accordant desire to create positive social change in the corporate world is not new. However, current social, political, economic, and ideological conditions have perhaps heightened the concern that this goal be kept at the forefront.

Modern Corporate Social Responsibility has evolved as a product both of industrialization and of globalization. Globalization, along with deregulation and the privatization of certain industries, has created new opportunities for multinational corporations. Accompanying these opportunities is the demand that companies voluntarily integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with all parties in interest.

The most basic tenant of Corporate Social Responsibility is that a corporation is responsible not only to its shareholders but also to its "stakeholders". Stakeholders include individuals and communities impacted either directly or indirectly by the corporation's actions. This is in juxtaposition to the more common view of corporate governance as being limited only to protecting the interests of its shareholders.

3. *Consumer Response and Voluntary Compliance.* – In the last decade or two there has been a significant growth in awareness

among consumers of a multinational corporation's practices elsewhere around the world. This awareness, of course, potentially impacts consumer choices on spending. As a result of mounting pressures by consumers among other factors, multinational corporations have begun to increasingly self-regulate themselves to behave in a socially responsible manner. The willingness of corporations to so act stems from the fact that there has been an increasing conviction that rather than there being a conflict between Corporate Social Responsibility and corporate profitability, there is instead a positive correlation between a multinational's sensitivity to social responsibility and that company's profitability. That is, not only does social and environmental responsibility not preclude corporate profits, rather profits can indeed go hand-in-hand with social and environmental responsibility.

A number of studies have noted a strong link between "sustainable" companies and business success. For example, in 2005, Sustainability and the United Nations Environment Programme published "Buried Treasure", in which they identified a number of reasons for believing that the links between sustainable development and profitability will grow stronger. Among the reasons noted are:

- Sustainable development often adds shareholder value. This notion is based on the fact that shareholder value is driven by a myriad of factors, including brand value reputation, risk profile, and customer attraction.
- Positive impact on shareholder value is strongest when it is incorporated into business strategy rather than based solely on perceived public relations benefits.
- Sustainable development tends to lead to satisfied employees. Satisfied employees in turn tend to create operational efficiency. A positive workplace atmosphere is the strongest driver of employee productivity, substantially helping companies reduce their marginal operating costs.
- Whereas firm outlays for sustainable development have bottom-line costs (like the promotion of human rights), they may in turn lead to an increase in firm value in other areas, such as reputation, ability to obtain licenses to operate, and alteration of risk profile.

- Sustainable development serves to attract and retain consumers, as, among other things, it aids the ability of customers to differentiate between similar products.
- Community development increases brand value. This has proved to be particularly true when the development is perceived as being genuine in intent and not just an exploitation of a commercial opportunity.
- A related point is that Corporate Social Responsibility may serve in part a replacement for alternate marketing efforts, further offsetting any associated capital expenditures.
- Corporate Social responsibility limits risk exposure for such things as environmental or product liability, because the socially responsible business approach is more likely to take account of such concerns *ex ante* rather than *ex post*.
- Corporate socially responsive behavior may impact a firm's ability to retain operations in a specific location. A firm's license to operate may be highly dependent on the extent to which it is accepted by local communities, public opinion, and non-governmental organizations.
- Finally, Corporate Social Responsibility tends to lead to an increase in a firm's cost certainty.

The 2005 Dow Jones Sustainability Index makes similar points. According to that report "*[c]orporate sustainability leaders achieve long-term shareholder value by gearing their strategies and management to harness the market's potential for sustainability products and services while at the same time successfully reducing and avoiding sustainability costs and risks*". In fact, the Domini Social Index (DSI 400), which uses multiple environmental and social screens to choose its stock, has largely outperformed the S & P 500 since 1990. And a recent study that focuses on the relationship between stock price and environmental corporate social responsibility reported that companies that behaved environmentally responsibly experienced a significant increase in stock price, where those whose environmental practices were socially unacceptable saw a corresponding drop in stock price.

The relationship between socially responsible sustainable business activity and profitability suggests that rather than focus exclusively on stock value, corporate focus should in fact be on

the so-called “triple bottom line” – protecting both people and the planet, as well as generating profits.

There have been numerous policy statements on Corporate Social responsibility, including notably the United Nations Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights, the United Nations Global Compact, the Amnesty International Guidelines for Companies, the Global Sullivan Principles, and the Caux Round Table Principles for Business. A critical question which has arisen is whether mere voluntary adherence to such standards is adequate, or whether there should be positive legal enforcement as well.

There is no question that voluntary participation by multinational corporations is necessary to create sustainable economic growth and to preserve human rights. Clearly, the financial strength of many multinational corporations in conjunction with the need of underdeveloped nations to attract foreign capital could create multiple avenues for abuse for a non-compliant multinational. Domestically, for example, the wealthy multinational already has significant leverage in negotiating with the host country on things like minimum wages, security measures, limitation on technology transfers, and taxes, as well as potentially pushing for a regime that will safeguard its interests. In a more internationally global vein, multinationals have effected domestic policy in many countries via lobbying for trade liberalization through such things as lifting tariffs and through the elimination of domestic subsidies.

So voluntary compliance is essential. The 2001 European Commission Green Paper on Corporate Social responsibility defines it as *“a concept whereby companies decide voluntarily to contribute to a better society and a cleaner environment”*. That is, in addition to complying with minimum legal requirements, the company should voluntarily opt to conduct their activities in an environmentally responsible manner; to pay its taxes in full and on time, to respect its employees and pay them fairly, wherever the employees are located, to obtain raw materials from companies that also follow sound and ethical business, labor, and environmental practices, and to otherwise act ethically in dealing with the outside world.

Corporate Social Responsibility forms a major component of the European Commission goal of pursuing economic advancement throughout the European Unions. This goal included the development of an economy capable of sustainable economic growth, of creating more and better jobs for its citizens, and through such processes thereby creating broader social cohesion. For growth to be sustainable, the economy must be capable of meeting the needs of the current generation without compromising the ability of future generations to meet their own needs. As for social cohesion, this requires enhanced understanding of the differentiations in wealth and culture that separate societies.

Corporate Social Responsibility is more than corporate philanthropy. Rather, it reflects a fundamental change in the approach which multinationals take to their business. In effect, Corporate Social responsibility demands that businesses internalize their externalities – that is, it mandates that multinational businesses account for and measure the actual or potential economic, social and environmental impacts of their decisions, wherever the ramifications are felt.

The act of fully absorbing external costs may require businesses to engage in activities which exceed the minimum otherwise legally mandated. The economic costs to a business of so complying are direct and obvious. But these costs must be balanced against the prospect that the company will obtain a reputational and thus competitive advantage by demonstrating to the community at large that it takes into account the interests of the broader community and integrates these interests into its corporate policy making.

While corporate social responsibility requires a multinational entity to balance the needs of all stakeholders with its financial obligations to its shareholders, it is important to recognize that corporate social responsibility should not be disassociated from the core business goals of the organization. Rather, the interrelationship between the multinationals social objectives and its core business goals is necessary to maintaining the company's success and assure that it is sustainable for the future.

So what sort of companies have most regularly engaged in socially responsive activities. Companies that do so tend to have

a few elements in common. First, they tend to be companies in sectors that have been targets of community, consumer, or environmental protest. Over the past 30 years, this has encompassed things like the chemical industry, extractive industries, and pharmaceutical companies. They tend to have strong, ethical leadership at the top. They are very stakeholder-engaged: that is, they tend to listen and respond to a wide range of stakeholder concerns. And finally, they have tended to become part of the dialogue between voluntary and regulatory initiatives around the world.

A government - business partnership is thus necessary for an optimal functioning of corporate social responsibility. As the World Summit on Sustainable Development recognized, partnership between business, government and civil society is the key to ongoing sustainable development.

Multinational corporations, individually, and to a greater degree, collectively, possess immense power to impact human rights internationally. With this power comes a moral responsibility to affect humanity in a positive manner.

But the aspects of human rights which corporations are best situated to protect are not coterminous with those rights which the State is obligated to protect. Corporations are well situated to protect those human rights elements which are largely within their control, such as physical integrity, labor rights, health, education, and indigenous and environmental rights directly related to the corporations project. Other fundamental rights, such as the right to privacy and to freedom of speech, are generally well beyond the corporation's control. Thus, while the United Nation's Human Rights Norms for Corporations recognizes that states' have the primary responsibility for the protection of human rights, it still stipulates that corporations and other business enterprises have the obligation to protect human rights "within their respective spheres of activity and influence".

Corporations are ephemeral constructs made up of individuals. Thus, any meaningful corporate responsibility must ultimately depend on individual social responsibility. But the basic structure of corporations may provide impediments to carrying out socially responsible business activities. A corporation's balance sheet has no way to either recognize or to value costs that

are not its own. Similarly, the balance sheet has no way to accurately quantify external costs which its activities impose on third parties. These omissions are significant because, as noted, in terms of cost effectiveness, corporations directly benefit from the classic externality scenario whereby the firm places some of its intrinsic costs on others.

There are, however, clear, quantifiable benefits to a corporation engaging in socially responsible behavior. These include the benefits that accrue from avoiding human and economic disasters, as well as the attendant litigation costs sure to accompany any such catastrophe.

There are direct benefits that accrue through the growing engagement of all stakeholders – not only investors, but also customers, employees and the communities in which they operate. And finally, and most significantly although also possibly most temporally remote, the absence of socially conscious behavior may lead to the creation of future acute scarcities so that future corporate activities become vastly more costly.

The question of whether corporate social responsibility should be voluntary or legally mandated raises legal both legal and policy issues. To begin with, for a variety of reasons, positive legal enactments may not be effective in regulating a multinational corporation. In the United States, most corporate law is state rather than federal law. By contrast, the federal government has intervened in corporate issues largely following major financial crisis. Accordingly, the federal government may not be best situated to regulate corporate social activity at all.

In addition, the multinational extends beyond traditional national legal structures. A multinational corporation, doing business all over the world, may thus be extremely difficult to regulate. As a result, domestic legal regimes may be unable to effectively regulate an international and economically powerful multinational when it comes to human rights abuses. For example, the very international nature of multinationals means that they may be able to move operations around the globe as needed to avoid onerous regulatory schemes. In fact, the choice of nation of incorporation may well reflect little more than a determination of which locale offers the most advantageous tax and regulatory schemes. As Detlev Vagts recognized long ago in regard

to multinational corporations, “the present legal framework has no comfortable, tidy receptacle for such an institution”. In the almost four decades since Professor Vagts wrote this, little has changed in this regard.

There is, however, argument to be made that accepted international law does have direct application to multinational companies through general principles of international law, stemming from the Statute of the International Court of Justice. Unlike with customary principles, State practice is not required for the establishment of a general principle. Instead, general principles as a source of international law gain legitimacy by recognition of the international community. So an argument based on a general principle requires showing that the legal norm is part of representative domestic legal systems worldwide. Arguably, under such general principles, corporations would be obligated to act appropriately or they could be held liable for their tortious action. As corporations are generally liable for their tortious conduct under domestic law world-wide, there is a reasonable contention that they are so liable under international law, independent of any treaty or custom.

An additional problem for voluntary compliance by multinational corporations is the problem of the holdout. Multinationals who adhere to socially responsible practices – either voluntarily or through legislative dictate – may, at least in the short term, find themselves at a competitive disadvantage. Under such circumstances, the temptation to join in the approach of the company’s competitors to insure short term competitiveness may prove overwhelming. Once one holdout engages in ethically questionable practices and thereby profits from doing so, there is an incentive for everyone else to follow suit lest they be stuck with a competitive disadvantage which is not aiding in the achievement of the desired impact, given that others are ignoring the issue.

Also, evaluating the degree of voluntary compliance presents myriad difficulties. Lack of uniformity of standards may allow firms to be evasive in both the degree of their compliance as well as the methodology by which such compliance is reported. Thus, socially-minded consumers and others may find it very difficult to identify and evaluate the information most relevant to making such determinations.

Finally, the massive economic clout which major international corporations have gives rise to enormous political clout. Multinational corporations are frequently active players in the negotiation of an array of issues that effect them, such as in the enactment of trade agreements, the nature of patent protections, and generally in the debate over general economic policy concerns.

As previously noted, to encourage voluntary compliance, numerous organizations have promulgated proposed guidelines for voluntary adherence by corporations. Following this lead, a growing number of major corporations have created codes of conduct, which, of course, do not subject the corporation to outside regulation and authority.

4. *Can Corporate Social Responsibility Be Imposed.* – Many have contended that in order to address major international problems, voluntary willingness must not give way to mandatory legal duty. but it must be supplemented and supported by such legally enforceable obligations. The goals of the voluntary proposals are certainly praiseworthy and worth pursuing. And it is significant that they expressly recognize that although states have the primary responsibility to promote and secure the fulfillment of the protection of human rights, transnational corporations, as organs of society, are also responsible for promoting and securing the rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights. Yet we live in an age of mass corporate wrongdoing. The list of corporate malfeasors in the twenty-first century in the United States alone is lengthy, beginning with Enron, Worldcom, HealthSouth, Tyco, and Arthur Andersen at the start of the new millennium and progressing through a host of financial institutions such as AIG during the financial and housing meltdown beginning in 2008. Thus, the question must be asked as to whether it is reasonable in an age where corporations hide product defects despite knowing they may lead to fatalities for us to expect corporations voluntarily to engage in ethical behavior? Yet echoing the words of Professor Vagts, the 1999 United Nations Development Report stated that current law provides “no mechanism for making ethical standards and human rights binding for corporations.

Some of these issues may be addressed via the enactment of positive law. Yet in such circumstances, there is a very fine line that must be drawn legislatively. The risk continually exists that excessive legislation may hamper the economy and stunt economic development and advances by putting burdens on businesses which either they cannot or will not be able to bear. When the costs associated with legislative compliance become excessive, a multinational may well direct its activities to another nation with less restrictive laws, thus denying economic benefits to the very people the legislation was designed to protect. As long as capital can flee across jurisdictions, this balance must always be recognized.

Yet as noted, traditionally, international law directed at human rights abuses have focused on state – rather than individual – compliance. There are no meaningful, internationally enforceable controls on multinational activity. Rather, any such control would need to be imposed domestically.

Recently, the United States Supreme Court addressed the issue of whether a corporation with ties to the United States that allegedly committed human rights abuses abroad could be held liable in the courts of the United States. In *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, the Court considered the issue of whether the Alien Tort Statute provides an avenue for relief for Nigerian human rights victims who alleged they were injured when the Nigerian government, aided and abetted by Shell Oil, tortured, raped, and killed unarmed protestors in the 1990s. In seeking to have the case dismissed, Shell made two very familiar contentions. First, it argued that corporations are not generally bound by human rights laws, as States have been the traditional protector of these rights. And second, Shell contended that United States courts may not determine liability for human rights violations committed overseas.

The Alien Tort Statute's history dates back to earliest moments of the United States legal system in the 18th Century. In fact, its enactment was part of the Act that created the United States federal court system. The statute has long been recognized as a statement as to the United States' obligations to adhere to international law, and over the past 35 years, the statute has been applied in numerous American cases in the context of rights vi-

olations. For example, in *Filartiga v. Pena-Irala*, a federal appeals court allowed the family of a Paraguayan torture victim to bring claims against a former Paraguayan police chief in the United States. Since then, the statute has been used against civilian and military officials, as well as against multinational corporations.

Kiobel is undoubtedly a case of significance. Nearly one hundred amicus briefs were filed with the United States Supreme Court following a decision by the United States Court of Appeals for the Second Circuit that the Alien Tort Statute does not provide jurisdiction over claims against corporate defendants. The Supreme Court handed down its opinion on April 17, 2013.

The plaintiffs were Nigerian citizens subjected to human rights abuses in Nigeria by Nigerian security forces. The case against Shell centered on the argument that Shell's Nigerian subsidiary aided and abetted the Nigerian forces. The defendants were two non-American corporations – Royal Dutch Petroleum Company, based in the Netherlands, and Shell Transport and Trading Company plc, a corporation based in the United Kingdom. The only connections to the United States were the plaintiff's residence and the and the parent corporate defendant's presence in New York, in particular that they were listed on the New York Stock Exchange.

The majority opinion, written by Chief Justice Roberts recognized that the presumption against extraterritorial application of federal statutes did not apply to the Alien Tort Statute. Yet the opinion relies on the underlying principles of the presumption to determine whether such claims should be actionable under the Alien Tort Statute.

The core principles the Court looked to in this regard suggested that courts should be cognizant of "*the danger of unwarranted interference in the conduct of foreign policy*", and that it ought to protect "*unintended clashes between our laws and those of other nations*". Perhaps the key case leading up to *Kiobel* in this regard was *Sosa v. Alvarez-Machain*. *Sosa* involved a foreign plaintiff, a foreign defendant, and acts which occurred exclusively on Mexican soil. The *Sosa* court expressly recognized that the international law of human rights often involved acts taking place in a foreign land. As a result, six members of the

Supreme Court noted that federal courts in the U.S. could recognize federal common law cases based on modern human rights norms, so long as the norms paralleled the norms recognized by Blackstone at the time the Alien Tort Statute was enacted. Yet the Supreme Court in *Kiobel* rejected the contention that this approach was applicable to the *Kiobel* facts in light of the in light of the principles underlying the presumption against extraterritorial application of federal statutes.

It is clear from the opinion that the presumption against extraterritorial application of federal statutes applies, yet it is much less clear what standard would be needed to overcome that presumption. The relationship of all the parties to the U.S. was in fact tenuous here. The Court noted as much, stating: *“On these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application. Corporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices. If Congress were to determine otherwise, a statute more specific than the [Alien Tort Statute] would be required”*. So in theory, an extraterritorial claim that touched and concerned the United States with greater impact could overcome the presumption and could be adjudicated in the United States.

5. *Conclusions: Where Are We Now and What Will the Future Bring?* – Globalization has created new opportunities for the improvement of human rights protections internationally. In addition to the State, the multinational corporation has become a new, potential protector of human rights. In today’s world, the traditional concept of legitimacy, where only states were subject to and had legal rights under international law, has been displaced. As the Human Rights Committee stated, human rights treaties are *“not a web of inter-states exchanges of mutual obligations”*, but instead *“concern the endowment of individuals with rights”*.

This element of potential additional protections for human rights comes at the right time. Never before have so many peo-

ple in so many countries believed that they, in fact, have human rights which both governments and the international community have the duty to respect and protect.

Much has been made of the increased international homogeneity which globalization has wrought. Yet in spite of globalization, the protection of human rights has advanced internationally in anything but a homogenous manner. In certain areas of the globe the advancement of human rights must still focus on the most basic elements known to mankind, such as eradicating extreme poverty and hunger, establishing minimal educational standards, and creating appropriate health standards. In more developed countries where the most basic human rights are largely established, the focus has turned to the implementation of elements into society likely to allow for the enjoyment of these basic rights by all of the nation's citizens.

As a number of commentators have pointed out, we are now in a third generation of human rights. The first generation – beginning as early as the creation of the Magna Carta – was the development of civil and political human rights of individuals. These civil and political rights serve to protect the individual from the power of the state. The second generation of human rights, in juxtaposition to the first, are largely dependent upon state intervention. This category of rights – social, economic, and human – began to take shape in the 19th century in large part as a direct response to industrialization. The third generation focuses on the rights of humanity collectively. It is these rights which are at the forefront of the challenge faced by multinationals committed to socially responsible corporate activity.

As a global society, we have a long way to go in terms of protecting human rights. We like to think of the world as developed technologically and globally engaged. Yet in this globalized and technified world, as of 2005, 52 % of the world's population still lived in poverty, and 26 % live in extreme poverty. One billion people lack access to clean drinking water. Six million children die every year from malnutrition. Twenty-four thousand people die each day from starvation. As a global society, we need to close the gap between declarations of adhering to human rights and the reality of enforcing those human rights. While we increasingly proclaim a world in which human rights

advancement is a reality, at the same time we deny basic rights to millions of people globally. The lack of progress in the fight for human rights made Mary Robinson, the former UN Commissioner for Human Rights, note that if you “*count up the results of fifty years of human rights mechanisms, thirty years of multi-billion dollar developments programs and endless high-level rhetoric and the general impact is quite under-whelming ° this is a failure of implementation on a scale that shames us all*”.

To succeed in the protection of human rights, there must be a global compact which involves entities other than governments. Multinationals are an obvious resource to induce productive change. Only a handful of states currently have revenues larger than the revenues of the largest 25 transnational corporations. The challenge, as multinationals become even more powerful, is to make them a more positive player in the fight for such things as labor standards, the protection of the environment, and basic human rights.

The benefits of business in the world are indisputable. As such, a significant contribution can be expected from multinational businesses to address problems effecting society worldwide. The battle must be tripartite – states, individuals, and multinational entities all teaming to work toward establishing better compliance with basic standards of human rights.

LUISA ENNA

BREVI CONSIDERAZIONI SULLA CIRCOLAZIONE
DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NELLA CESSIONE
DEL CONTRATTO. IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE
E LE POSSIBILI SOLUZIONI RICOSTRUTTIVE

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva e impostazione del problema. - 2. Elementi essenziali della cessione del contratto. 3. Profili generali della clausola compromissoria. La rilevanza nell'economia complessiva del contratto ai fini della cessione: un'ipotesi ricostruttiva.

1. *Premessa introduttiva e impostazione del problema.* – Con la l. 5 gennaio 1994, n. 25, nell'ambito di un intervento di portata generale, fu per la prima volta codificata l'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto cui accede, conferendole così un carattere che prima era solo dedotto, in via interpretativa, dalla circostanza che la stessa potesse essere contenuta anche in un atto "successivo" alla stipula del contratto¹.

La portata innovativa dell'intervento è consistita inoltre nel sostituire il termine "successivo" con "separato", emendamento che, in combinazione con l'aggettivo "autonoma", esprime(rebbe) un senso di maggiore *indipendenza* della clausola rispetto al contratto.

Siffatta variazione terminologica è stata poi confermata, in questi esatti termini, dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, nell'attuale ultimo comma dell'art 808 c.p.c., ed è quindi dall'analisi di

¹ Per la dottrina che già all'inizio del secolo scorso patrocinava l'autonomia della clausola, si veda in particolare F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, nota a T. Venezia 4 agosto 1920, in *Riv. dir. comm.*, n. 2, 1921, p. 327 s. Sul tema, più recentemente, si veda la completa trattazione di F. FESTI, *La clausola compromissoria*, in *I negozi di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F. P. Luiso, Utet, Torino, 2005, pp. 876-883.

tale disposizione che (ri)nasce² l'interesse per un tema la cui attualità deriva dal mai cessato dibattito circa l'automaticità o meno della circolazione della clausola per effetto della cessione del contratto in cui sia inserita.

Infatti, nonostante la consacrazione normativa dell'autonomia della clausola compromissoria, per le ragioni che di seguito saranno evidenziate, permangono le incertezze circa la portata ed il significato da attribuire a questa autonomia e sulla conseguente (e presunta) indipendenza delle vicende circolatorie della stessa rispetto a quelle del contratto cui si riferisce.

Con maggiore impegno espositivo, si discute se la successione nel patto compromissorio consegua quale effetto, *in re ipsa*, del trasferimento dell'intera posizione giuridica derivante dal contratto ceduto, ovvero se, ai fini dell'efficacia del vincolo di devoluzione in arbitri, occorra un'apposita manifestazione di volontà.

Sul punto non vi è un'opinione del tutto pacifica nella dottrina e, soprattutto, la casistica giurisprudenziale non offre soluzioni dirimenti in merito alla questione³.

² Negli anni successivi alla riforma citata nel testo, il tema della "cessione del contratto con clausola compromissoria" è stato oggetto di vivo interesse da parte della dottrina, per una panoramica dei contributi in tal senso si rimanda a R. CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Giappichelli, Torino, 1998.

³ In tal senso la critica ricostruzione della scarsa e contraddittoria giurisprudenza sul tema in V. MARICONDA, *La circolazione della clausola compromissoria*, in *Corr. merito*, n. 8/9, 2007, pp. 993-994, che, dopo aver passato in rassegna alcune pronunce sull'argomento, conclude così: "Questi gli orientamenti che è ovviamente difficile comporre ad unità perché essi sono obiettivamente, anche se spesso confusamente, contrastanti tra loro. Ciò che invece conta sottolineare è la incertezza del diritto che la Cassazione dimostra di inseguire con le spesso cervellotiche motivazioni mediante le quali pretende di distinguere caso da caso". Una disamina della giurisprudenza contraria e favorevole alla trasmissione automatica dell'accordo compromissorio mostra infatti una certa schizofrenia nell'affermazione e nella negazione del trasferimento automatico; nello stesso anno, o a pochi anni di distanza, ad un orientamento fa eco, puntualmente, quello opposto. Per la giurisprudenza che nega il subentro automatico si vedano in particolare Cass. Civ., Sez. III, 17 settembre 1970, n. 1525; Cass. Civ., Sez. II, 17 marzo 1993, n. 1930; e Cass. Civ., Sez. Un., 17 dicembre 1998, n. 12616; T. Genova, 25 gennaio 2006; per i precedenti che, invece, lo ammettono Cass. Civ., Sez. I, 14 feb-

In giurisprudenza, infatti, sebbene l'indirizzo maggioritario potrebbe ritenersi⁴ orientato nel senso di escludere l'automatico subentro del cessionario nel negozio compromissorio, non può dirsi esistente una posizione uniforme⁵.

Da un'analisi del materiale pretorio si evince sicuramente una tendenza a trattare congiuntamente, per quanto concerne l'ambulatorietà della clausola compromissoria, il tema della cessione del contratto e della cessione del credito⁶. Tuttavia,

braio 1979, n. 965; Cass. Civ., Sez. I, 21 giugno 1996, n. 5761; T. Milano, 25 gennaio 2006.

⁴ Il condizionale è d'obbligo poiché, come rilevato nella nota precedente, appare difficile anche operare una ricostruzione lineare degli arresti giurisprudenziali in materia. Deve inoltre tenersi presente che a negare il trasferimento automatico sono state le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 12 dicembre 1998, n. 12616, che tuttavia non hanno sortito alcun effetto di composizione del contrasto, come eloquentemente sottolineato da F. MOTOLA, *La circolazione della clausola compromissoria*, in *Obbl. e contr.*, n. 3, 2008, p. 258: "Al fine di affrontare in maniera sistematica l'argomento [destino della clausola in caso di cessione del contratto ndr.], il primo impulso è quello di attingere alla giurisprudenza della Cassazione; salvo accorgersi, già ad una prima lettura di detta giurisprudenza, che forse mai come in relazione al tema della circolazione della clausola compromissoria la Suprema Corte abbia tradito la funzione nomofilattica che gli è stata affidata".

⁵ Dà conto del contrasto, nonostante affermi l'intrasmissibilità automatica nel caso sottoposto al suo esame, Cass. Civ., Sez. II, 16 febbraio 1993, n. 1930, secondo cui "Stante l'autonomia della clausola stessa, il consenso prestato per la cessione nel negozio principale non può intendersi prestato anche per la clausola e quindi non ha effetto di far subentrare il successore anche nel negozio compromissorio, connesso ma autonomo, che non ha espressamente voluto, e di privarlo così del suo giudice naturale. Peraltro, in questi termini l'orientamento non può considerarsi consolidato. Con altre decisioni la Corte asserisce che la clausola compromissoria, pur essendo di rigida applicazione, si estende anche a chi subentra nella posizione giuridica di uno dei compromettenti per effetto della cessione del contratto, in conseguenza del trasferimento, dal cedente a cessionario dei diritti e degli obblighi nel loro complesso unitario".

⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 21 marzo 2007, n. 6809, secondo cui "Se, quindi, il subentro del cessionario nel distinto negozio compromissorio è escluso nel caso di cessione del contratto nel quale la clausola è inserita, ai sensi dell'art. 1406 c.c., e segg., a maggior ragione deve ritenersi che il subentro non si verifichi nell'ipotesi di mera cessione di un credito nascente dal contratto nel quale è inserita la clausola".

l'influenza reciproca delle due fattispecie appare connotata da una certa illogicità⁷.

Invero, un'interpretazione improntata a criteri di linearità logica prescriverebbe che, qualora si ritenesse che alla cessione del credito segua l'automatico trasferimento della clausola, a maggior ragione, lo stesso fenomeno dovrebbe verificarsi in ipotesi di cessione del contratto; ciò in considerazione del fatto che la cessione del contratto costituisce una fattispecie più ampia di trasferimento. Altrettanto percorribile sarebbe la conclusione opposta, che proponesse una soluzione omogenea agli orientamenti pretori contrari alla circolazione automatica nella cessione del contratto⁸, escludendo, di conseguenza, l'automaticità del trasferimento della clausola anche nella fattispecie di cessione del credito; atteso che quest'ultima appare meno garantista, per la parte ceduta, rispetto alla cessione del contratto.

Di tale linearità logica difetta invece la giurisprudenza richiamata poiché, quando ha ritenuto corretta la soluzione favorevole all'automaticità del trasferimento nelle ipotesi di cessione del credito, ha contemporaneamente negato la medesima ambulatorietà nell'ipotesi di cessione del contratto che – nessuno dubita – è una vicenda circolatoria dove sarebbe ancor più giustificato un trasferimento automatico⁹.

⁷ Ciò è rilevato anche da A. GIORGETTA, *La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale*, in www.judicium.it: "Un primo elemento di incertezza, presente in entrambe le pronunce rese dalla Cassazione, deriva dall'aver mutuato, quale argomento a sostegno delle proprie decisioni, le conclusioni maturate in seno alla stessa in tema di rapporti tra cessione del contratto e circolazione della clausola compromissoria ... La soluzione accolta non convince: non solo o non tanto perché la Cassazione, ... ha, in epoca più recente, mutato il proprio orientamento in tal modo viziando la premessa maggiore dalla quale essa stessa muove, ma, soprattutto, perché non è affatto assodato o pacifico che quelle conclusioni, se anche per ipotesi dovessero ritenersi corrette, si dimostrino idonee a risolvere in senso negativo la problematica che qui interessa".

⁸ Questo era stato infatti il principio esposto da Cass. Civ., Sez. Un., 17 dicembre 1998, n. 12616 e da Cass. Civ., Sez. I, 21 marzo 2007, n. 6809, cit.

⁹ Cfr. T. Genova, 25 gennaio 2006, la cui massima recita: "In caso di cessione del contratto, la clausola compromissoria non si trasmette al cessionario se non con il consenso espresso di tutti e tre i soggetti coinvolti, poiché il negozio com-

A ben vedere, le soluzioni proposte sembrano limitarsi a richiamare l'autonomia della clausola compromissoria e da ciò dedurre, apoditticamente, la necessità di un'ulteriore e specifica manifestazione di volontà ai fini del suo trasferimento, giungendo ad affermare, senza motivare l'inferenza, la necessità di un'ulteriore e specifica manifestazione di volontà (*recte*: di consenso) ai fini del suo trasferimento¹⁰.

Nel sostenere tale tesi non è tuttavia mai specificato o qualificato il fenomeno ed i suoi meccanismi operativi, né alla luce dei principi generali in tema di cessione del contratto, né sulla base degli eventuali spazi o limiti di operatività verso i terzi dell'accordo compromissorio; come neppure sembra compiutamente analizzata la particolare natura giuridica del rapporto nascente dalla clausola compromissoria e il ruolo che tale clausola assume nell'economia complessiva del contratto cui è riferita¹¹.

promissorio è dotato di una propria autonomia rispetto al rapporto sostanziale ... Quando invece il contraente ceduto rimane estraneo al trasferimento della posizione contrattuale ... può opporre la clausola compromissoria, analogamente a quanto accade per il debitore ceduto in tema di cessione del credito”.

¹⁰ Riassumendo, il ragionamento delle Corti di merito e legittimità si basa tutto sul rapporto tra due termini: indipendenza della clausola – necessità del consenso autonomo, come si legge in Cass. Civ. Sez. I, 19 settembre 2003, n. 13893: *“la clausola compromissoria ... costituisce negozio dotato di propria individualità e autonomia, ... è dunque escluso che la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo delle parti, automatica cessione della clausola stessa”.*

¹¹ Potrebbe forse rinvenirsi *in nuce* un tentativo di valorizzare la funzione della clausola compromissoria all'interno del contratto in Cass. Civ., Sez. I, 16 febbraio 1993, n. 1930, cit., che, chiamata a pronunciarsi sul trasferimento di un contratto preliminare di vendita, evidenzia come la fattispecie a formazione progressiva disciplinata col contratto preliminare implichi, a causa della sua natura di fattispecie in divenire, il trasferimento del patto compromissorio. Ciò potrebbe dedursi dalla lettura della massima: *“La cessione del contratto, che, di per sé non implica né esclude quella del compromesso, comporta anche la successione del cessionario nel rapporto nascente dal compromesso tutte le volte in cui questo abbia una funzione complementare o integrativa dello scopo del negozio ceduto, come nel caso di contratto preliminare”.* Tuttavia, nel testo della sentenza emerge come l'ammissione del trasferimento automatico del patto compromissorio sia ancora troppo legata alla contingenza del caso concreto, invece che essere basata su una compiuta riflessione, di ordine sistematico, circa il ruolo della clausola all'interno dell'organismo contrattuale. La Cassazione, infatti, dopo aver

Pare quindi che l'ostilità verso un automatismo nel trasferimento della clausola trovi fondamento, principalmente, in un pregiudizio nei confronti della devoluzione in arbitrato¹².

premessi che *“L’efficacia del negozio di cessione relativamente ai rapporti potestativi, destinati ad incidere in ordine alla attuazione del negozio ceduto, in larga misura dipende dallo schema tipico di questo contratto, qual è astrattamente previsto dalla legge. Va da sé che la clausola compromissoria si ricollega agevolmente al contratto preliminare, concepito come disciplina di un rapporto in fieri, di solito diretto a regolare tanto il normale svolgimento del rapporto, quanto i rimedi per le eventuali vicende patologiche. Perciò, nel caso di cessione del contratto preliminare, nella fattispecie ceduta di regola si comprende anche la cessione del compromesso, in quanto titolo costitutivo di rapporti potestativi rivolti a regolare l’attuazione del preliminare trasferito”* specifica *“Premesso ciò, la clausola compromissoria [contenuta nel contratto preso in esame ndr.] ... stabilisce che ove fossero insorte controversie – sia in relazione alla interpretazione del preliminare, sia in ordine alla sua esecuzione, sia per qualunque altro motivo – sarebbero state affidate al giudizio insindacabile di un collegio arbitrale ...”* per poi concludere *“Orbene, la volontà delle parti manifestata nel negozio di cessione emerge dalla funzione del compromesso nell’ambito della disciplina complessiva della fattispecie ceduta, nella specie, infatti, la clausola [così come formulata nel contratto preso in esame ndr.] diretta a regolare le modalità di attuazione costituisce parte integrante del preliminare di vendita”*. Da ciò si comprende perché la soluzione è eccessivamente legata al caso concreto tanto è che la stessa Corte chiarisce: *“La scissione tra il preliminare e il negozio compromissorio, astrattamente possibile, in concreto non sussiste. In realtà, per effetto della pattuizione intervenuta, i due negozi vengono considerati indissolubilmente connessi, essendo il secondo diretto a regolare l’esecuzione del primo ... Appare del tutto coerente l’inferenza del Tribunale che la cessione del preliminare comporti anche la cessione del negozio compromissorio, il quale dà vita ad un rapporto potestativo rivolto a regolare meglio l’attuazione del contratto preliminare trasferito”*.

¹² Rileva e critica questo atteggiamento di pregiudizio R. CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, n. 4, 1996, p. 701 s. *“La ... soluzione attribuita alla ... giurisprudenza si risolve in un’ennesima mortificazione a priori della scelta arbitrale e si va ad innestare in quel generalizzato atteggiamento di disfavore con il quale per anni è stato riguardato l’istituto e di cui, per tutto, è stata significativa l’inclusione della clausola compromissoria tra le clausole vessatorie di cui all’art. 1341 c.c.”*; analogamente C. ASPRELLA, *Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromissoria al cessionario*, in *Giust. civ.*, n. 1, 2003, p. 21 s. *“la trasferibilità della clausola compromissoria non può essere intesa in termini di mero svantaggio, ma anzi essa potrebbe ritenersi «vantaggiosa» per il debitore ceduto, se non altro perché il credito sottostante si può realizzare più velocemente proprio per la presenza del patto compromissorio”*.

L'esito di tale analisi, dunque, è che la giurisprudenza che si è occupata della questione non sia stata attenta ad individuare i presupposti argomentativi su cui fondare il risultato decisorio¹³. Il che è imputabile ad un approccio eccessivamente pragmatico, che prescinde da una ricostruzione in termini sistematici della problematica affrontata.

A tale ultimo proposito, preme tuttavia chiarire che non s'intende contestare la scelta di adattare la soluzione proposta al contesto della vicenda circolatoria singolarmente considerata, bensì la mancanza di un'unitaria e definita impostazione di metodo per affrontare la questione, lasciata, di volta in volta, all'intuito decisorio del singolo giudicante.

Le brevi note che seguono hanno quindi l'obiettivo di delineare una possibile ipotesi ricognitiva degli argomenti sistematici che l'interprete dovrebbe tenere presente nell'affrontare il tema della circolazione della clausola compromissoria a seguito della cessione di un contratto a cui essa sia "riferita". E suggerire, senza pretesa di offrire soluzioni definitive, le linee guida attraverso le quali analizzare la questione, tenendo in conto, da un lato, la peculiarità dell'istituto della cessione del contratto e, dall'altro lato, l'importanza di un'interpretazione complessiva del programma contrattuale ceduto, nel quale non sia trascurato il ruolo della clausola compromissoria.

Premessa tale finalità pare appropriato affrontare il problema della circolazione della clausola compromissoria a seguito della cessione del contratto, tracciando brevemente gli elementi essenziali dell'istituto disciplinato dagli artt. 1406 ss. c.c.

Partendo dall'assunto che la cessione del contratto realizza un particolare fenomeno di *continuazione* nella posizione giuridica del cedente¹⁴, si affaccia infatti l'astratta possibilità che la

¹³ "Sui motivi ... la Cassazione non aggiunge altro, lasciano dunque al lettore il compito – non agevole – di rintracciarli" così A. GIORGETTA, *La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario*, cit.

¹⁴ Della disciplina della cessione del contratto si sottolineerà in particolare il dato della cessione dell'intera posizione contrattuale. Valorizzando il fatto che la cessione del contratto dà luogo a conseguenze più ampie rispetto ad una mera successione nei diritti ed obblighi che derivano con immediatezza dal regolamento contrattuale e realizzano il trasferimento di prestazioni isolate.

clausola compromissoria, quale elemento caratterizzante il regolamento negoziale, venga trasmessa automaticamente con il contratto principale.

2. *Elementi essenziali della cessione del contratto.* – Il negozio di cessione del contratto rappresenta lo strumento con cui i privati, nell'esercizio della propria autonomia, danno luogo alla circolazione, per atto tra vivi e a titolo particolare, di un complesso di situazioni giuridiche attive e passive¹⁵.

L'introduzione di uno strumento negoziale tipico, per consentire la circolazione dell'intero negozio, rappresenta una novità del codice del 1942. L'innovazione, rispetto ad una tradizione che escludeva la possibilità del trasferimento di un'intera posizione contrattuale, è stata peraltro contenuta in pochi articoli, dal 1406 al 1410 c.c., ma mediante una scelta lessicale significativa.

Il riferimento è ai termini "parte", "terzo", "sostituzione" e "rapporti", dai quali si evince che la funzione del negozio è quella di trasferire la posizione contrattuale ovvero sia la qualità di parte del contratto, che rappresenta qualcosa di più e di diverso rispetto alle singole obbligazioni assunte con il negozio¹⁶.

¹⁵ Cfr. A.M. BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 8-9: "appare prevalente (e preferibile) la tesi che configura l'istituto in esame come una vicenda che dà luogo ad un trasferimento del rapporto contrattuale e di tutte le posizioni attive e passive, che da esso scaturiscono"; ed ancora, più avanti, p. 32: "l'oggetto di tale operazione è da individuarsi non già nella cessione di alcuni elementi del rapporto contrattuale, ma nell'intero complesso". In argomento cfr. anche R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 107 s.; R. CICALA, voce *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 878-890; G. ALPA, A. FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Utet, Torino, 1988, p. 344 s.; M. ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Cedam, Padova, 1951, p. 52; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹³, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 1039 s. Per la giurisprudenza si veda Cass. Civ., 20 luglio 1987, n. 6362, secondo cui "la cessione del contratto importa il trasferimento di questo nel suo complesso unitario"; ed ancora sul tema Cass. Civ., 24 giugno 1992, n. 7752.

¹⁶ Si veda sul tema G. MONGELLI, *La cessione del contratto preliminare: natura giuridica e rilevanza del consenso del contraente ceduto*, in *Riv. Notariato*, n. 2, 2008, p. 442 s., che sottolinea come l'operazione che si attua attraverso la cessione non è scomponibile in autonome fasi di successione nel lato

La cessione del contratto comporta la trasmissione di un complesso unitario di rapporti e, quindi, di un regolamento negoziale che deve essere considerato nell'intero, allo scopo di consentire la modifica della propria parte contrattuale, lasciando, al contempo, il rapporto inalterato, senza quindi cancellarlo né sostituirlo¹⁷. Detto in altri termini, con tale strumento il legislatore consente di imputare ad una parte contrattuale *diversa* un rapporto *identico* a quello originariamente creato con il contraente precedente, con l'effetto di estenderlo ad un soggetto che prima era terzo¹⁸.

Se pare evidente che assumere la qualità di parte contrattuale comporti qualcosa di differente rispetto all'essere destinatario di un'obbligazione, ne consegue che, al fine di individuare il contenuto dell'attribuzione traslativa cui si dà luogo con il trasferimento, è essenziale valorizzare il regolamento contrattuale ceduto quale complesso di tutti gli elementi funzionali al raggiungimento del risultato negoziale complessivamente inteso¹⁹.

attivo ed in quello passivo del negozio ceduto. L'autrice, richiamando, tra gli altri, Cicala e Briganti, chiarisce che con la cessione del contratto *"Si viene a configurare, quindi, una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale: con un unico atto si determina la sostituzione di un nuovo soggetto, il cessionario, nella posizione giuridica, attiva e passiva, di uno degli originari contraenti, il cedente, senza necessità di atti separati di cessione della posizione attiva e di accollo per quella passiva. La cessione del contratto presuppone che l'oggetto dell'obbligazione, ovvero il complesso giuridico oggetto della cessione, rimanga immutato, proprio in quanto il contenuto sostanziale della contrattazione è rappresentato dalla sostituzione di uno dei soggetti del rapporto con un terzo"*.

¹⁷ Cfr. V. PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1999, p. 583 s. secondo cui *"La cessione non è altro che la sostituzione di un soggetto in una posizione giuridica altrui, essa presuppone che il rapporto contrattuale che ha ad oggetto rimanga il medesimo: cosicché l'identità di contenuto diviene un elemento essenziale della figura"*.

¹⁸ Specifica ancora V. PESCATORE, *op. loc. ult. cit.*, che *"bisognerebbe dire non che con la cessione si trasferisce una posizione giuridica; ma che un soggetto subentra nella posizione giuridica – proprio in quella – di altri"*.

¹⁹ Opportunamente V. PESCATORE, *op. loc. ult. cit.*, evidenzia come la complessità contrattuale assurga a bene *"qualitativamente"* diverso rispetto alle singole situazioni giuridiche di diritto ed obbligo singolarmente considerate, il che consente di valorizzare gli elementi che rendono unico e distinguibile il contratto concretamente ceduto.

È opportuno allora *individuare* il contratto considerando la nozione di causa secondo la più evoluta concezione di causa in concreto, il che permette di non “sterilizzare elementi che (nel contratto) meritano rilevanza”²⁰ e concorrono quindi ad *identificarlo*.

Conclusivamente, al fine di verificare se anche la clausola compromissoria rientri in *quello specifico* complesso negoziale così individuato, che, come *tale*, viene trasferito per effetto della cessione, è importante cercare di comprenderne il valore funzionale, all’interno dell’economia complessiva del contratto in cui essa è inserita, senza tuttavia trascurarne il requisito della autonomia.

Si ritiene dunque che uno studio della vicenda circolatoria della clausola compromissoria per effetto della cessione del contratto necessiti di un’indagine sulla “funzione” della clausola all’interno della posizione contrattuale ceduta.

Nel prosieguo saranno pertanto individuati gli elementi essenziali della clausola compromissoria al fine di suggerire un nuovo angolo prospettico dal quale analizzare la funzione della devoluzione in arbitri all’interno del programma negoziale trasferito.

3. *Profili generali della clausola compromissoria. La rilevanza nell’economia complessiva del contratto ai fini della cessione: un’ipotesi ricostruttiva.* – L’inserimento di una clausola compromissoria all’interno di un organismo contrattuale rappresenta una delle modalità attraverso le quali si manifesta la scelta delle parti private di non utilizzare il sistema fornito dall’ordinamento giuridico statale per la risoluzione dei conflitti²¹.

²⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*², a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, p. 364.

²¹ È opportuno precisare che la tutela giurisdizionale statale è un diritto assicurato ma non imposto ai privati, i quali possono optare per una soluzione “più condivisa” della controversia, a condizione che tale volontà sia espressa. Dalla possibilità di escludere l’intervento del giudice-funzionario emerge come lo Stato non abbia il monopolio della decisione dei conflitti e come le parti possano scegliere di sottrarsi alla giurisdizione statale e far decidere da soggetti privati la propria controversia, utilizzando l’arbitrato quale mezzo di

Come già rilevato, dall'art. 808 c.p.c. si evince il carattere di autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto cui accede, dovendo la validità della clausola essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto cui sia riferita (con atto separato) od inserita.

Occorre però evidenziare che tale autonomia si pone come una necessità, logico-giuridica, strettamente connessa all'esigenza di consentire l'arbitrabilità sulle patologie più gravi del contratto. Detto in altri termini, con la autonomizzazione della clausola²² si ha l'effetto di evitare che il giudizio sulla validità del contratto impedisca lo svolgimento della giustizia arbitrale travolgendo il patto compromissorio e, quindi, escluda il potere degli arbitri.

Il rilievo dell'autonomia della clausola non è allora sufficiente a dare una risposta al problema relativo alle modalità di circolazione della stessa nell'ipotesi che si ceda il contratto²³.

risoluzione alternativa delle liti civili in materia di diritti disponibili. La devoluzione in arbitri non rappresenta tuttavia un rifiuto della funzione giurisdizionale, quanto, piuttosto, la considerazione di essa come un fattore residuale, per l'attuazione di rapporti che si preferisce risolvere al di fuori del sistema istituzionale. Dall'inserimento di una clausola compromissoria deriva infatti (solo) l'attribuzione di un diritto potestativo da esercitare sotto forma di eccezione. Con l'inserimento della clausola, pertanto, non nasce, in favore degli stipulanti, un "diritto" a ricorrere agli arbitri e nemmeno un "dovere" di non adire la giurisdizione statale. Ne consegue che dal mancato esperimento dell'eccezione di compromesso deriverà la ri-attribuzione della competenza al Giudice, inizialmente competente, poi incompetente poi di nuovo competente! Si veda in tal senso R. CARLEO, *Le vicende circolatorie*, cit., p. 40: "L'efficacia diretta non sarebbe sul processo, ma sulle parti le quali si attribuiscono un reciproco vincolo. La clausola non determina di per sé l'effetto processuale di attribuire la cognizione agli arbitri ma attribuisce alle parti il potere di realizzare quell'effetto consentendo alla parte di paralizzare l'eventuale azione davanti al giudice statale".

²² La necessità dell'autonomia in questi termini era stata preconizzata ed attentamente analizzata da F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria*, cit.

²³ Sul punto è chiaro A. GIORGETTA, *La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario*, cit., il quale precisa come "il principio in esame – dapprima recepito dalla dottrina di inizio secolo ... ed infine codificato nella norma contenuta nel terzo comma dell'art. 808 c.p.c. – abbia una valenza relativa e non assoluta, con ciò affermando che esso possiede un ambito d'applicazione limitato ai profili patologici del contratto e della clausola

La constatazione sterile e formale dell'autonomia della clausola ha, non a caso, dato luogo a soluzioni insoddisfacenti, da parte soprattutto della giurisprudenza, dai cui arresti emerge come sia sempre stata trascurata un'indagine circa il valore della clausola all'interno dell'economia complessiva del contratto ceduto; omissione foriera di decisioni disomogenee e caotiche, orientate ad imporre, senza giustificare tale esigenza con puntuale e ragionata motivazione, la riedizione della clausola a seguito della cessione, pena la caducazione della devoluzione alla giustizia arbitrale²⁴.

compromissoria, e, di converso, escludendo che esso possa venire in considerazione al fine di risolvere problematiche di tipo circolatorio come quella in esame. ... si tratta di un principio la cui genesi è derivata dall'esigenza primaria di evitare che, una volta posta in discussione nel corso del giudizio arbitrale la validità o la stessa esistenza del contratto cui la clausola aderisce, non venga tuttavia meno il potere degli arbitri di decidere in ordine alla lite loro deferita dai compromittenti – ivi comprese le questioni concernenti la validità della clausola compromissoria –. ... È pertanto corretto ritenere che la norma contenuta nel disposto dell'art. 808, comma 3° c.p.c. – lungi dal rappresentare un ostacolo contro il quale debba scontrarsi l'interprete che, pur in assenza di una norma ad hoc, si trovi oggi a dover ricostruire il regime delle diverse fattispecie di successione nella clausola compromissoria – si "limiti" invece a conferire agli arbitri il potere di decidere in ordine alla validità ed esistenza del negozio in cui si sostanzia la scelta delle parti di adire gli arbitri, escludendo in via diretta o analogica l'applicazione dell'art. 1419 c.c. e, per tale via, imponendo che i rispettivi requisiti di validità ed efficacia debbano accertarsi autonomamente e distintamente ...". L'autonomia della clausola compromissoria è, peraltro, non a caso, un tema che viene spesso affiancato a quello del c.d. Kompetenz-Kompetenz, sebbene da esso debba essere tenuto distinto. La relazione tra i due temi deriva dal fatto che se la clausola compromissoria fosse automaticamente travolta dalla invalidità del contratto sarebbe precluso agli arbitri di decidere la controversia in ipotesi di nullità o non operatività del contratto. Poiché è dalla clausola che deriva il potere degli arbitri, la caducazione automatica di questa potrebbe comportare, alle estreme conseguenze, che sia impedito ai giudici privati di decidere sulla propria competenza. Ma soprattutto i giudici statali, qualora investiti della questione della validità del contratto, potrebbero eludere la volontà di devoluzione in arbitrato, ritenendo inoperante la clausola, per derivazione dalla invalidità del contratto, decidendo della controversia e così violando la libertà negoziale di far decidere le questioni riguardanti la validità del contratto principale ai giudici privati. Si veda in proposito F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., pp. 876-883; sul tema anche Cass. Civ., 19 aprile 1950, n. 1044.

²⁴ In questo senso si veda ancora A. GIORGETTA, *La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario*, cit., secondo cui "risultano perlomeno

L'opzione interpretativa riferita è pertanto criticabile nella misura in cui, all'affermazione della necessità che, a seguito della cessione, sia riprodotto espressamente il patto compromissorio, segua il rischio di lasciare in ombra l'importanza della scelta, operata dalle parti contraenti originarie, per la deroga alla giurisdizione statale; con l'esito di non attribuire all'opzione arbitrale il (più corretto) valore di elemento qualificante l'identità stessa del contratto ceduto.

La clausola, pur non essendo un atto negoziale con cui le parti regolano tra loro rapporti giuridici patrimoniali, può essere invero considerata come uno strumento a servizio di quei diritti e rapporti giuridici che (invece) sono stati oggetto della disposizione contrattuale²⁵. Più precisamente, essa soddisfa l'interesse delle parti del contratto a vedere garantito che l'attuazione di tali diritti e rapporti sia "gestita" in ambito privato, non solo al momento genetico del rapporto ma anche nel momento della sua eventuale patologia²⁶.

dubbi il richiamo e l'applicazione dell'istituto della c.d. autonomia della clausola compromissoria compiuti ... dai giudici di legittimità. Pare infatti ormai acquisito che il principio in esame ... abbia una valenza relativa e non assoluta ... escludendo che esso possa venire in considerazione al fine di risolvere problematiche di tipo circolatorio come quella in esame... esso non è idoneo ad attribuire alla clausola compromissoria indipendenza rispetto al regolamento contrattuale ... Tali essendo la portata ed i "limiti" del principio in parola ne discende che se, per un verso, l'affermazione ... secondo la quale ... la clausola compromissoria (...) costituisce un negozio dotato di propria individualità e autonomia, nettamente distinto dal contratto cui aderisce, coglie appieno la differenza di causa e struttura esistente tra i due negozi, per altro verso, il ragionamento compiuto dalla Corte non può tuttavia condurre, per le ragioni appena esposte, all'approdo cui perviene, e cioè che il principio di autonomia della clausola compromissoria costituirebbe ex se un impedimento alla circolazione della clausola compromissoria in assenza di un'apposita pattuizione".

²⁵ Si veda in proposito F. CRISCUOLO, *Cessione del contratto*, cit. "La quotidiana esperienza giuridica ed economica ci dimostra che la scelta arbitrale assai di frequente non rappresenta una alternativa irrilevante, ma riveste un carattere fortemente strumentale alla realizzazione del programma contrattuale ... va osservato che senza accordo sul deferimento ad arbitri delle eventuali controversie può perfino ipotizzarsi che molte operazioni contrattuali non verrebbero ugualmente regolamentate o che, addirittura, difficilmente vedrebbero la luce."

²⁶ L'arbitrato si presenta come strumento di autonomia negoziale speculare al potere di autonomia dei privati nella creazione di vincoli giuridicamente

Conseguentemente, “l’indipendenza” della clausola potrebbe, per così dire, attenuarsi, se si guarda all’economia complessiva del negozio, rispetto al quale la scelta di devolvere la controversia in arbitri (può) rappresenta(re) un elemento (se non essenziale quantomeno) caratterizzante dello stesso.

Considerando le peculiarità dell’arbitrato, e la sua funzione di escludere l’intervento istituzionale del giudice dello Stato, non è pertanto assurdo valorizzare l’importanza, nella valutazione complessiva dell’attività negoziale posta in essere dalle parti, della devoluzione in arbitrato delle controversie nascenti da un dato regolamento contrattuale. L’esclusione dello “strumentario” ordinamentale è infatti una fuga dalla giurisdizione statale che trova ragione nei vantaggi del ricorso alla giustizia privata, sia in termini di rapidità che di riservatezza. Tali interessi, che sono alla base dei motivi per la devoluzione arbitrale, non possono quindi essere trascurati da un’analisi che valuti, nella sua articolazione completa, il programma contrattuale ceduto²⁷.

Tanto premesso non sarebbe peregrino affermare che la clausola permea la funzione del contratto pur mantenendo la propria autonomia giuridica e, quindi, diventa parte integrante delle utilità dei contraenti, divise nell’intero regolamento contrattuale. E che, più precisamente, essi inseriscono, nell’economia complessiva del negozio, l’interesse a che l’eventuale controversia sia sottratta alla cognizione della giurisdizione statale, così contraddistinguendo il regolamento contrattuale.

Da tale analisi emerge quindi un dato essenziale: il legame tra la clausola ed il rapporto sostanziale a cui essa si riferisce è

rilevanti e rappresenta, per così dire, la proiezione di tale autonomia nel momento della lite su quei diritti e rapporti specifici. Non a caso, specularmente all’autonomia nel perseguimento di interessi dal punto di vista sostanziale, anche nel processo si manifesta la medesima libertà di iniziativa, compendiata nel c.d. principio dispositivo, i cui corollari sono il principio dell’interesse (art. 100 c.p.c.) ed il principio della domanda (art. 112 c.p.c.).

²⁷ Ancora sul punto F. CRISCUOLO, *Cessione del contratto*, cit.: “è sufficiente la empirica constatazione che il ricorso all’arbitrato è divenuto ormai prassi assolutamente costante nei contratti disciplinanti affari di un certo rilievo economico per escludere che la clausola compromissoria possa essere considerata a priori non essenziale rispetto all’organismo contrattuale”.

di tipo oggettivo, poiché l'utilità, ottenuta con l'inserimento della clausola compromissoria, arricchisce il contratto che, così *identico*, viene ceduto²⁸.

È dunque in questo legame oggettivo che deve essere cercata la ragione della circolazione della clausola unitamente al contratto principale. Diversamente opinando si svilirebbe la valutazione complessiva, dal punto di vista causale, del programma negoziale.

Se quindi è corretto affermare che la cessione del contratto comporta il trasferimento di *quella* esatta posizione contrattuale, può allora concludersi nel senso che con essa potrà automaticamente trasferirsi anche la clausola compromissoria, a condizione, tuttavia, che la soggettività dei contraenti rimanga un carattere indifferente rispetto al negozio stipulato.

Posta tale ultima precisazione, analizzando il regime circolatorio della clausola compromissoria nelle prospettive suggerite, ne deriva che la soluzione percorribile potrà non essere identica per ogni vicenda circolatoria esaminata, ovvero che il contesto in cui si svolge l'attività giuridica potrà influenzare la soluzione al problema.

²⁸ Non è escluso che gli originari contraenti stabiliscano espressamente che la clausola sarà valida solo tra loro. In tal caso vi sarà una "individualizzazione" della clausola che esclude che questa sia trasferibile nei confronti della nuova parte che, nel caso voglia ricorrere all'arbitrato, dovrà procedere alla stipula di un nuovo patto compromissorio. In tal caso non si nega in termini generali l'estensibilità della clausola a seguito della cessione, ma si dà conto delle innumerevoli possibilità di predisporre un regolamento contrattuale ritagliato sulle esigenze dei singoli paciscenti. Stessa considerazione vale quando le parti diano luogo ad una cessione (atipica) modificativa del contratto (sulla cessione modificativa V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 591).

ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ

EL ESCASO DESARROLLO DE LAS TÉCNICAS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN EL DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL

SUMARIO: 1. Planteamiento previo. - 2. Los motivos tradicionalmente opuestos a la introducción de técnicas arbitrales en el Derecho tributario español. - 3. Causas que justifican la introducción de fórmulas heterocompositivas en el ordenamiento tributario español. - 4. La pluralidad de propuestas “de lege ferenda” sobre la regulación tributaria de la mediación y el arbitraje en el Derecho español. - 5. Bibliografía.

1. *Planteamiento previo.* – Desde que el Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria, publicado en 2001, había insistido en la necesidad de introducir técnicas de mediación y arbitraje en el ordenamiento tributario español ha transcurrido más de un decenio, y lo cierto es que *de lege data* el arbitraje tributario sigue siendo a día de hoy una institución vacía de contenido en España.

Es verdad que la mediación y el arbitraje constituyen mecanismos de composición heterónoma o heterocomposición que actúan cuando, surgido ya el conflicto, un tercero aproxima posiciones o adopta una resolución que pone término al mismo (medidas resolutivas), y podría pensarse que el Derecho tributario español se ha centrado más en regular otros instrumentos que intentan prevenir la controversia incluso antes de que ésta surja en aras de evitar un litigio posterior (medidas preventivas), pero lo cierto es que tampoco la legislación española ha experimentado avances en esta segunda vertiente.

Pues bien, la pretensión de este trabajo no es otra que la de analizar las causas que han llevado al actual estado de inmovilismo del Derecho tributario español en materia de arbitraje, constatar los escasos avances conseguidos con otras técnicas extrajudiciales orientadas a reducir la conflictividad tributaria para, fi-

nalmente, concluir con distintas propuestas *de lege ferenda* susceptibles de contrarrestar el excesivo nivel de litigiosidad existente entre la Administración y los obligados tributarios.

2. *Los motivos tradicionalmente opuestos a la introducción de técnicas arbitrales en el Derecho tributario español.* – Las reticencias que se han venido invocando para frenar el desarrollo del arbitraje en el Derecho tributario español se apoyan en la prevalencia de los principios de legalidad e indisponibilidad de la obligación tributaria, así como en la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La estrecha conexión entre la legalidad y la indisponibilidad del tributo conduce a sostener que la Administración, en tanto en cuanto ampara un interés público, no puede renunciar a la defensa de ese interés que encarna la Ley. Así pues, si es la ley la que articula todo el régimen sustantivo que rodea el tributo (singularmente, su nacimiento, cuantía y extinción), la Administración no puede apartarse de ese mandato legal por medio de pactos, acuerdos o contratos. Desde esta perspectiva, la indisponibilidad es una manifestación de la *positive Bindung*, es decir, de la vinculación positiva de la Administración a la voluntad del legislador, lo que, en palabras de García Novoa, supone una garantía de certeza para el contribuyente “al saber que aquélla carecerá de un ámbito de libre decisión a la hora de concretar el contenido de cada obligación tributaria”. El apoyo jurídico a tal razonamiento se hallaría en distintos preceptos del ordenamiento español, algunos recogidos en el texto constitucional (arts.31.3 y 9.3 CE) y otros de rango legal. Entre estos últimos destacan el art.18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y el art.7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).

Con arreglo al art.18 de la LGT, “*el crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa*”. Por su parte, el art. 7.3 de la LGP establece que, con la única excepción de los acuerdos adoptados por la Administración acreedora en el seno de los procesos concursales, “*no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten res-*

pecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

El primero de los preceptos citados contiene dos mandatos perfectamente diferenciados. De un lado, el que afecta en exclusiva a los particulares, cuyos pactos o acuerdos en modo alguno vinculan ni tienen efectos frente a la Administración en lo que atañe a la naturaleza y cuantía de las deudas tributarias. De otro lado, el art.18 de la LGT le prohíbe a la Administración disponer de su crédito tributario de forma unilateral o bilateral, pero con un importante matiz y es que esa prohibición opera exclusivamente en la esfera aplicativa del tributo, no en la normativa, por lo que el propio precepto introduce la salvedad de que es posible que la ley sí autorice la disponibilidad de la obligación tributaria en determinados casos. ¿Podrían ser éstos los supuestos susceptibles de someterse a arbitraje? Desde nuestro punto de vista, la respuesta puede y debe ser afirmativa pues en todo caso seguirá siendo la ley, y no la libre voluntad de las partes, la que delimite las cuestiones o materias disponibles por medio del arbitraje. Una vez acotados los asuntos objeto de posible arbitraje, la Administración tributaria, el particular y, por supuesto, el árbitro actuarán todos ellos sujetos a la ley buscando una solución justa en Derecho.

En este mismo sentido, ya existen algunos ejemplos en el Derecho tributario español en los que la Ley bendice la adopción de pactos que, a modo de transacción o aproximación de posiciones entre las dos partes de la relación tributaria, ponen solución a una incertidumbre y evitan un conflicto posterior. El caso más palmario es el de las actas con acuerdo, reguladas en el art.155 de la LGT, las cuales ponen término a un procedimiento de inspección tributaria y conllevan una doble disponibilidad de los derechos de crédito de la Hacienda Pública. En efecto, la propia naturaleza del acto transaccional supone un acuerdo entre la Administración y el particular que afecta a la naturaleza y elementos cuantitativos de la obligación tributaria nacida del hecho imponible, pero es que además de las actas con acuerdo deriva una reducción del 50% de la sanción resultante de la regularización tributaria. Es más, quizá se haya quedado corto el ordenamiento español en la regulación de este tipo de actas y así, en aras de una mayor publicidad o transparencia que garan-

tice la protección del interés público y aumente el control de las actuaciones de la Inspección tributaria, Ferreiro preconiza que tal vez hubiese sido conveniente que, llegado el caso, interviniese un tercero en funciones de mediación, conciliación y arbitraje. A juicio de dicho autor, ese mediador o árbitro – que bien podría ser un funcionario público no integrado en la línea jerárquica del inspector actuario – podría solucionar el posible enquistamiento de posiciones que se produjera por parte de quienes viniesen discutiendo sobre cuestiones de hecho o derecho a lo largo del procedimiento inspector.

Atendiendo a la vigente regulación de la LGT, no han faltado quienes han rechazado que las actas con acuerdo posean naturaleza transaccional, al considerar que no permiten concesiones recíprocas entre las partes que intervienen en el procedimiento inspector y que ese tipo de cesiones es el rasgo típico de la transacción, pero – a nuestro juicio – de lo que no cabe duda es que se trata de un mecanismo convencional de aproximación de posiciones inicialmente distantes sobre determinados aspectos que generan incerteza a la hora de cuantificar el importe del crédito tributario (conceptos jurídicos indeterminados, estimaciones, valoraciones, etc.) y que podrían desembocar en un litigio posterior. Algo similar ocurre con las actas de conformidad (art.156 LGT), aunque la principal diferencia con las primeras radica en que en las actas de conformidad la adhesión por el particular a la regularización tributaria propuesta por la Administración implica una aceptación íntegra de los hechos recogidos en el acta, que ya no podrán ser refutados a posteriori, con lo que su capacidad de debate y negociación sobre dichos elementos fácticos es bastante más limitada que en las actas con acuerdo. Obsérvese que, en relación a estas últimas, una de las posibles causas de su incoación es que “resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto” (art.155.1 LGT). Por ello, algunos autores defienden que las actas de conformidad no poseen naturaleza negocial, sino que la conformidad es un acto del particular de contenido complejo, muy próximo a una confesión extrajudicial sobre los hechos plasmados en la misma y calificable como acto de adhesión a las calificaciones jurídicas formuladas por el inspector.

Por otro lado, según avanzábamos, también el art. 7.3 de la LGP constituye un aparente impedimento a la disponibilidad de sus derechos de contenido económico por parte de la Hacienda Pública, con la singularidad de que aquí la citada norma se refiere expresamente a la prohibición de la transacción y del arbitraje. Ahora bien, al igual que ocurre con el art.18 de la LGT, también el art. 7.3 de la LGP debe ser entendido en sus justos términos. En realidad, lo que ambos preceptos consagran no es una indisponibilidad absoluta de los derechos de crédito de la Hacienda Pública sino una “legalidad en la disposición”, lo que abriría la puerta a un arbitraje que evitase colisionar con principios de rango constitucional, particularmente la capacidad económica y la tutela judicial efectiva. Evidentemente, esa legalidad en la disposición del tributo exige que el legislador defina con la mayor precisión posible los supuestos y el alcance del instrumento de mediación o arbitraje articulado por la norma, porque lo único que proscriben el art.18 de la LGT y el art. 7.3 de la LGP es la libre disponibilidad de sus créditos por la Administración o una habilitación en blanco al acreedor que le permita sortear la salvaguarda del interés público. En definitiva, los diques de contención a los potenciales excesos de la actividad administrativa en este ámbito, como en tantos otros, lo constituyen la prohibición de la arbitrariedad y de la eventual desviación de poder en el ejercicio de la potestad pública dirigida a hacer efectivo el cobro del tributo.

Esa prohibición no es más que una consecuencia del principio de legalidad, el cual no puede ser entendido como sinónimo del absoluto carácter reglado de toda actuación administrativa en materia tributaria, pero sí como la pretensión de que la norma legal no puede sustraerse de acotar con mayor o menor grado de precisión determinados ámbitos (conceptos jurídicos indeterminados, valoraciones, etc.) en los que se hace necesario sustituir la discrecionalidad de la Administración en la aplicación del tributo por fórmulas convencionales o arbitrales que doten de fijeza y seguridad los contornos ambiguos o imprecisos del propio ordenamiento tributario. Si la validez o eficacia del acto de liquidación tributaria son cuestionadas por el particular, la Administración no está disponiendo de su derecho de crédito por el hecho de que sea un tercero distinto a un juez el

que dirima y resuelva la controversia, siempre que la ley predetermine con suficiente claridad las materias, competencias y alcance con que se pronuncie ese tercero.

Así pues, si la indisponibilidad no es un verdadero escollo en el Derecho español a la implantación del arbitraje en materia tributaria, sólo queda por despejar la incógnita de si las posibles cortapisas a la utilización de esa técnica extrajudicial resolutoria de conflictos pueden venir de la mano de los principios constitucionales de capacidad económica e igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 31.1 y 24.1 CE).

La capacidad económica y la igualdad, criterios interdependientes de justicia tributaria, proclaman la defensa de la equitativa contribución por los ciudadanos al sostenimiento de las cargas públicas. El respeto a la igualdad, desde la óptica de la utilización de fórmulas arbitrales para la resolución de controversias tributarias, presenta una doble proyección: de una parte, la igualdad formal ante la ley exige que cualquier contribuyente tenga libre acceso al arbitraje o a la mediación; de otra, la igualdad material postula que, al hacer uso de dichos mecanismos heterocompositivos, los particulares no sufran tratos discriminatorios carentes de justificación razonable en sus respectivos derechos subjetivos o intereses legítimos. En suma, la igualdad sustancial entre dos contribuyentes, en términos de capacidad contributiva, proscribire criterios de aplicación de los tributos que conduzcan a diferencias en las cantidades a pagar por cada uno de ellos. Desde este punto de vista, Serrano Antón ha advertido que se podría violar el principio de igualdad como consecuencia de la intervención de *lobbies* o grupos de presión sobre los órganos arbitrales para obtener resultados favorables, y esto es algo que evidentemente debe evitar la ley dotando de la máxima transparencia y garantías posibles al sistema convencional o arbitral que se instaure. Por consiguiente, adoptando el ordenamiento jurídico las cautelas necesarias, el principio de igualdad no debe verse afectado por la implementación de la mediación o el arbitraje en materia tributaria.

Por lo demás, tampoco debe sufrir ningún quebranto el principio de capacidad económica sino todo lo contrario, pues a través de las fórmulas de resolución extrajudicial de los conflictos tributarios lo que se consigue es que, finalmente, dicho

principio se haga efectivo aunque no quizá con toda la precisión y certeza que cabría esperar de una aplicación estricta o taxativa de la norma, ya que la indeterminación o vaguedad causante del conflicto puede ser normativa, fáctica o incluso mixta. A mayores, cabe subrayar que la mediación y el arbitraje en derecho actuarán siempre con posterioridad al nacimiento de la obligación tributaria para, en último término, dotar de firmeza los elementos de cuantificación de la deuda, por lo que no se corre el riesgo de desvirtuar el contenido de la prestación pecuniaria surgida del hecho imponible. Por lo tanto, los principios de justicia tributaria no solo no limitan sino que, lejos de ello, amparan el empleo de mecanismos resolutivos de controversias que hagan posible el ejercicio libre y responsable de sus derechos por los contribuyentes, elevando el nivel de equidad fiscal en un Estado de Derecho.

Finalmente, resta por determinar si las técnicas arbitrales pueden contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva, de manera particular cuando el arbitraje cierra el paso a todo posible recurso judicial posterior. Es completamente pacífica la opinión de que el arbitraje no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva cuando aquél opera en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, pero las dudas se suscitan cuando el papel del arbitraje se traslada al terreno de las relaciones jurídico-públicas como es el caso del tributo. En este segundo escenario, si se parte de la premisa de que el arbitraje puede actuar como sustitutivo o alternativa a las reclamaciones y recursos tributarios en vía administrativa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha admitido la compatibilidad del instituto arbitral con el derecho a la tutela judicial efectiva y lo ha hecho, como explica Vicente-Arche, considerando que el arbitraje puede conseguir para las partes los mismos objetivos que la jurisdicción, que se garantiza el derecho de acceso a un procedimiento dirigido a resolver una controversia, que se puede obtener – al igual que en un proceso ante los jueces o tribunales – una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto, y que esa resolución o laudo arbitral tiene los mismos efectos que la cosa juzgada.

Por lo demás, salvo que concurra alguno de los motivos tasados previstos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbi-

traje, para instar la anulación del laudo arbitral, tampoco se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva ante los posibles impedimentos a la ulterior revisión jurisdiccional del laudo porque, en realidad y con la única salvedad del orden penal, el derecho a los recursos establecidos en la Ley no tiene naturaleza constitucional sino legal.

Por último, conviene reparar en el importante dato de que cuando la Administración tributaria y el particular acuerdan acudir a la vía arbitral no están renunciando a la resolución de la controversia sino que optan por una alternativa distinta a la vía de los recursos administrativos pudiendo, en cualquier caso, rehusar el procedimiento arbitral para que el conflicto sea sometido a la decisión del órgano administrativo competente.

Así pues, no hay razones que sustenten posibles objeciones de naturaleza legal o constitucional a la utilización del arbitraje para resolver conflictos de naturaleza tributaria, máxime cuando el art.14 de la mencionada Ley 60/2003 contempla un “arbitraje institucional” en el que las partes pueden someter su controversia a la decisión de corporaciones de Derecho Público integradas por funcionarios o miembros del sector público y expertos o representantes de sectores profesionales, lo que disipa posibles dudas o recelos a la instauración de un arbitraje en materia tributaria en el que pudiese primar la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado.

3. Causas que justifican la introducción de fórmulas heterocompositivas en el ordenamiento tributario español. – Si entendemos por fórmulas heterocompositivas aquellas que, como el arbitraje, se basan en soluciones consensuales propuestas o instadas por terceros independientes y cuyas decisiones, fundadas en Derecho, resulten fáciles de ejecutar, hay sobrados motivos que apoyan su introducción y aplicación en el ordenamiento tributario español.

A este respecto se han invocado tres principios que amparan la implantación de soluciones arbitrales: simplificación, eficacia y practicabilidad. El primero de ellos encierra en su significado no sólo la vertiente estrictamente normativa del ordenamiento, es decir, la conveniencia de que existan leyes tributa-

rias de fácil comprensión y aplicación por sus destinatarios, sino que también se proyecta sobre la actuación administrativa traduciéndose en una *“limitación de costes indirectos”* para el contribuyente y en una mayor eficiencia en la actividad de la Administración tributaria, de tal suerte que el arbitraje coadyuvaría a desarrollar procedimientos resolutivos sencillos para cuestiones con escaso grado de complejidad.

El principio de eficacia de la actuación administrativa es una de las exigencias demandadas por el art. 103 de la Constitución española, y esa eficacia también resulta exigible de la Administración de justicia, concretamente de los juzgados y tribunales, cuya saturación y lentitud actuales aconsejan la búsqueda de técnicas alternativas que desactiven o resuelvan los conflictos que aguardan una solución en Derecho. Esa agilidad y rapidez en la resolución de la controversia podría conseguirse dando entrada a expertos con conocimientos técnicos especializados en Derecho tributario. En palabras de Serrano Antón, *“con la previsión constitucional del principio de eficacia, la administración se encuentra compelida a conseguir el mejor resultado posible, cuantitativo y cualitativo, en relación con los medios a su disposición. En otras palabras, se trata de la consecución de los objetivos previstos con el menor gasto de recursos e instrumentos”*. Si ello es así, no hay motivo alguno para descartar el empleo de la mediación y el arbitraje en aras de una justicia más ágil para los asuntos tributarios.

En tercer lugar, la practicabilidad, al igual que la simplificación, no sólo opera en la esfera legislativa en la que la norma debe ser diseñada con arreglo a los atributos de la claridad, la sencillez y la abstracción, sino que también actúa en el plano aplicativo del Derecho tributario evitando la pendencia de recursos sin resolver durante dilatados períodos de tiempo. Es aquí donde entran en juego los medios alternativos de resolución de litigios procurando la efectividad inmediata del crédito tributario, ante el excesivo retraso en el ingreso de deudas frecuentemente suspendidas a causa de los recursos presentados en vía administrativa o jurisdiccional.

En el plano de las medidas autocompositivas, López Díaz ha identificado las ventajas de su introducción diferenciándolas en tres grupos: político-organizativas, jurídicas y económicas. Las

primeras fomentan la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas y *“esa participación aporta ese mayor grado de democratización de la actuación administrativa”*, la cual es una de las exigencias del Estado Social de Derecho. A juicio del citado autor, *“las nuevas funciones de la Administración, no limitada a la simple aplicación automática de normas unívocas, requiere de ese esfuerzo a través de la participación de los destinatarios de la actuación, lo que, a su vez, redundará en una mayor eficacia”*.

Las ventajas jurídicas de las técnicas autocompositivas son evidentes: se refuerza la seguridad jurídica del contribuyente (conocimiento y certeza del Derecho, confianza de los ciudadanos y previsibilidad); se relativiza el mayor coste que supone el acceso a los tribunales de justicia cuando los asuntos litigiosos son de escasa o reducida cuantía; por último, las fórmulas autocompositivas y heterocompositivas optimizan el empleo de los recursos públicos – singularmente los medios humanos y materiales al servicio de los tribunales de justicia – ya que éstos pueden dedicarse a resolver con mayor eficacia los asuntos más complejos.

Desde un punto de vista económico, no cabe duda que se aprecia una notable reducción de los costes ocasionados por el conflicto, y ello sin obviar que el mayor retraso en la resolución de una controversia tributaria origina la obligación de satisfacer intereses de demora – a cargo del particular o de la Administración – mientras dura el proceso de revisión en vía administrativa o judicial.

Por otra parte, existen una serie de razones derivadas de la experiencia contrastada de otros ordenamientos jurídicos comparados, que demuestran las muchas ventajas y escasos inconvenientes de la utilización de técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos de naturaleza tributaria.

Por ejemplo, en el Derecho italiano constituye una buena muestra de ello su modelo de *accertamento con adesione*. Se trata de una comprobación en la que tanto la Administración tributaria como el contribuyente formulan, por escrito y formalmente, sus propuestas y contrapropuestas, llegando a una solución pactada. Además, el contribuyente se beneficia de una importante reducción en las sanciones. Como explica Andrés Au-

cejo, “el accertamento con adesione es una figura de naturaleza convencional ínsita en el procedimiento de gestión tributaria italiano, por el cual Administración y contribuyente – ya sea a instancia de oficio, ya sea a instancia de parte – procuran llegar a un acuerdo ante incertidumbres de hecho o derecho sobre la determinación del débito tributario. Tal acuerdo se formaliza por escrito en el denominado «atto di accertamento con adesione» firmado por la Administración y suscrito por el contribuyente. La adhesión del sujeto y consiguiente suscripción del accertamento comporta, de un lado, la reducción hasta un cuarto del mínimo de la sanción que en su caso hubiere correspondido y, de otro, la imposibilidad de impugnación, de manera que, si el contribuyente perfecciona el acto mediante el ingreso de la deuda convenida, el «atto di accertamento con adesione» deviene eficaz, poniendo fin al procedimiento, no cabiendo recurso ulterior sobre su contenido; contenido que deberá respetar también la Administración, quien no podrá modificar el atto di accertamento salvo casos excepcionales tasados en la norma”.

También Portugal se ha sumado a los países occidentales que se decantan por la utilización de técnicas arbitrales, y lo ha hecho mediante el Decreto-Ley 10/2011, de 20 de enero, en el que se regula la composición y funciones de los órganos y tribunales arbitrales adscritos al *Centro de Arbitragem Administrativa*. Sus laudos, dictados en un plazo máximo de seis meses, son vinculantes siempre que la Administración afectada se haya adherido a dicho Centro. El Ministerio de Finanzas portugués lo ha hecho para los asuntos litigiosos que no superen los 10.000 euros. Para las controversias de importe superior deben concurrir una serie de requisitos adicionales, entre los que destacan que el árbitro haya desempeñado funciones como magistrado en tribunales tributarios y que tenga el título de *Doutor em Direito Fiscal*.

Por último, bien merecen una reflexión las propuestas previas de tributación contempladas, no en la normativa estatal española, sino en las normas forales de los Territorios Históricos del País Vasco. Para Merino Jara, dichas propuestas permiten *“que los obligados tributarios planteen a la administración el conocimiento previo de determinadas operaciones de especial complejidad, a los efectos de que esta se pronuncie con antelación a la realización del hecho imponible en cuanto a su con-*

formidad o disconformidad con el tratamiento tributario propuesto por la persona interesada, en lo que a la operación concreta se refiere. Nos hallamos ante un supuesto de cuantificación anticipada de la deuda tributaria". Las operaciones de especial trascendencia o complejidad que contemplan las normas forales de Guipúzcoa y Vizcaya son, entre otras, las siguientes: operaciones de reestructuración empresarial (fusiones, escisiones, etc.); operaciones de reorganización de patrimonios de personas físicas; aquellas en las que estén implicadas otras administraciones tributarias o que posean un dimensión internacional; operaciones o negocios jurídicos cuyo importe supere los 600.000 euros, etc.

Por lo demás, la aprobación por la Administración tributaria de una propuesta previa de tributación vinculará a dicho ente público, el cual estará obligado a aplicar el contenido de la propuesta aprobada, salvo que se acredite que las circunstancias expuestas en la propuesta no se ajustan a la realidad o que se ha modificado la normativa aplicable. Las ventajas de estas fórmulas se concretan en la bilateralidad, en la instantaneidad y en la posibilidad de conocer la argumentación del interlocutor, al tiempo que potencian el principio de seguridad jurídica.

4. *La pluralidad de propuestas "de lege ferenda" sobre la regulación tributaria de la mediación y el arbitraje en el Derecho español.* – A partir de las consideraciones y conclusiones alcanzadas en los apartados precedentes, parece oportuno formular algunas propuestas que hagan posible la introducción de la mediación y el arbitraje en el Derecho tributario español. Han sido muchas las voces, tanto desde el ámbito estrictamente académico como desde distintos sectores profesionales, que han planteado proposiciones muy definidas de por donde debería avanzarse en la implantación de técnicas heterocompositivas que encajasen en el actual marco normativo y constitucional español. Destacaremos a continuación aquellas que han concitado un mayor grado de consenso en los distintos foros científicos y profesionales.

El Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria, de 2001, alumbró tres posiciones doctrinales diferentes sobre la forma de

regular el arbitraje. La propuesta con un desarrollo más acusado defendía un arbitraje tributario caracterizado por las siguientes notas: a) Ha de tratarse de un arbitraje en Derecho y no en equidad; b) el arbitraje debe estar encomendado a órganos administrativos especializados, prefijados y determinados conforme a unas normas de competencia fijadas de antemano; c) las materias que se sometan a arbitraje deben ser obligatorias – sin posibilidad de acudir a los cauces tradicionales de recurso en vía administrativa –, sencillas y de fácil verificación (valoraciones, tasación pericial contradictoria, notificaciones, domicilio fiscal, tasas hasta una determinada cuantía, errores de hecho, etc.); d) el arbitraje debe ser gratuito y sólo en los casos en que el árbitro aprecie temeridad o mala fe impondrá las costas a quien corresponda.

Una segunda propuesta de la citada Comisión apostó por un arbitraje basado en cinco puntos: a) El arbitraje ha de ser de equidad, pues de lo que se trata es de ofrecer una solución justa a los casos en que la norma, aunque bien aplicada, da lugar a situaciones contrarias a la equidad; b) el árbitro no debe ser unipersonal ni tampoco funcionario de la Administración tributaria; c) el arbitraje, por ser de equidad, debería limitarse a asuntos de una cuantía muy reducida; d) el arbitraje debe configurarse como voluntario; e) no debe existir, con carácter general, posibilidad de recurso frente al laudo.

La tercera posición que surgió en el seno de la Comisión para el estudio y reforma de la LGT hizo especial hincapié en la imposibilidad constitucional de limitar el arbitraje por razón de la cuantía, pues ello supondría aplicar estas fórmulas sólo a los menos dotados económicamente lo que sería contrario al principio de igualdad ante la ley. Por lo demás, también aboga porque el arbitraje no deba encomendarse a una de las partes sino a árbitros independientes. Por último, esta tercera línea de opinión señala que las cuestiones susceptibles de arbitraje no deben afectar exclusivamente a hechos sino a otros asuntos en los que la distinción hecho-derecho no es tan sencilla (presunciones, conceptos jurídicos indeterminados, supuestos de estimación indirecta, operaciones vinculadas, valoraciones, etc.).

Posteriormente, la Comisión creada al año siguiente y que elaboró el *“Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la*

nueva Ley General Tributaria”, apenas aportó nada al respecto, salvo para destacar la conveniencia de que se estudiase la posibilidad de introducir en el futuro una medida específica que favoreciese la conciliación y el arbitraje. En concreto, se propuso que en el escrito de interposición de la reclamación económico-administrativa, el recurrente pudiese solicitar, como alternativa al procedimiento económico-administrativo, la celebración de un acto de conciliación que, en caso de desacuerdo entre las partes, diese lugar a un arbitraje ante un órgano unipersonal del Tribunal Económico-Administrativo correspondiente. Se trataría por lo tanto de un arbitraje residenciado en los propios Tribunales Económico-Administrativos y con los mismos efectos que las actas con acuerdo, esto es, con una reducción de las sanciones impuestas. A juicio de dicha Comisión, esta medida conseguiría fomentar el entendimiento entre los obligados tributarios y la Administración con vistas a reducir el ingente volumen de litigiosidad existente y, por ende, la excesiva tardanza y lentitud en el actual sistema de reclamación económico-administrativa y ulterior recurso contencioso en la vía jurisdiccional.

Por su parte, la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) manifestó en su día su contrariedad ante el hecho de que la LGT de 2003, concretamente su Anteproyecto, no introdujese ninguna fórmula arbitral en la resolución de conflictos entre la Administración y los contribuyentes. En tal sentido, la AEDAF planteó una propuesta articulada en torno a tres supuestos y figuras distintas cuyas diferencias derivan de las materias y cuantías sobre las que verse la controversia:

1) Cuando la disconformidad del contribuyente respecto de las liquidaciones realizadas por la Administración fuese igual o superior a 3.000 euros, la resolución, a instancia del contribuyente, se podría dictar por el Consejo para la Defensa del Contribuyente (órgano técnico e independiente adscrito al Ministerio de Hacienda), que resolvería en equidad.

2) Cuando la discrepancia versase exclusivamente sobre hechos o valoraciones de naturaleza técnica, la Administración y el contribuyente podrán someterse al criterio de un tribunal de árbitros, previa renuncia a ulteriores recursos. Sólo podrán integrar dicho órgano arbitral aquellas personas con capacitación y titulación técnica adecuada a la naturaleza de los hechos.

3) Para las restantes cuestiones derivadas de la aplicación de los tributos, cualquiera que sea su cuantía, la AEDAF propone un sistema de arbitraje basado en los siguientes principios: a) El órgano de arbitraje resolverá en Derecho, no en equidad; b) el plazo máximo de duración del procedimiento será de tres meses; c) la procedencia de la solución arbitral se hará a petición del interesado, la cual será vinculante para la Administración; d) la resolución que dicte el tribunal arbitral no será susceptible de ulterior recurso, salvo los que procedan contra esta clase de órganos; e) cada comisión o tribunal se compondrá de tres miembros, el Presidente y dos vocales. Uno de los vocales será designado por el contribuyente y el otro por la Administración. El Presidente será elegido de común acuerdo por el particular y la Administración de entre una lista de profesionales o funcionarios independientes con titulación adecuada y acreditada especialización en Derecho tributario, lista que se confeccionará por el Ministerio de Hacienda.

Tampoco han faltado instituciones académicas de ámbito internacional que expresasen, con propuestas concretas *de lege ferenda*, su favorable predisposición a la incorporación del arbitraje en los ordenamientos internos de sus países miembros. Uno de los foros científicos más concluyentes al respecto ha sido el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) con ocasión de sus XXII Jornadas, celebradas en Quito en 2004. Dejando al margen sus propuestas en materia de arbitraje internacional, las recomendaciones más destacadas del ILADT sobre el arbitraje tributario en el plano del Derecho interno pueden sintetizarse como sigue: a) La denominación de arbitraje tributario debe reservarse exclusivamente para la técnica de solución de controversias en materia tributaria consistente en someter la decisión de un diferendo a un órgano no perteneciente a la jurisdicción ordinaria estatal, cuyo laudo tiene la misma fuerza que una sentencia; b) la ley debe regular los acuerdos tributarios entre la Administración y los sujetos pasivos, que en la práctica se suelen alcanzar, precisando sus supuestos, contenido, alcance, condiciones, oportunidades de admisión y efectos; c) la ley debe asegurar que los acuerdos tributarios que se celebren sean transparentes y que su documentación contenga necesariamente el fundamento de su adopción, sus antecedentes,

los elementos de hecho, los motivos jurídicos y la cuantificación de la deuda tributaria; d) los acuerdos tributarios deberían prever la intervención de órganos administrativos dotados de independencia funcional respecto de aquellos agentes fiscales que han intervenido previamente en los procedimientos de verificación, fiscalización o determinación; e) es aconsejable contemplar el arbitraje para diferendos que se produzcan en materia tributaria entre entes públicos, en países de régimen federal o de régimen unitario descentralizado en donde coexisten postestades tributarias o de creación, las cuales pueden entrar en colisión; f) los contribuyentes deben tener el derecho de instar y coadyuvar en el procedimiento arbitral tributario; g) los laudos arbitrales deben ser obligatorios para las autoridades fiscales y para el contribuyente, con autoridad de cosa juzgada.

Por último, parece aconsejable explorar las posibilidades de la mediación como instrumento dirigido a evitar una eventual controversia tributaria, de modo particular cuando se suscita una incertidumbre objetiva respecto a la voluntad del legislador o a la realidad de los hechos con trascendencia tributaria. A tal efecto, sería necesario diferenciar según que la figura del mediador a intervenir entre la Administración tributaria y el particular actuase con carácter previo a la emisión del acto de liquidación tributaria (en el seno de los procedimientos de gestión tributaria) o bien con posterioridad a dicho acto (en la vía económico-administrativa).

Siguiendo a González-Cuéllar, en el primer caso la mediación podría aproximar posiciones despejando la posible incertidumbre y lo haría mediante un acuerdo que tuviese carácter preparatorio de la liquidación tributaria. Para sortear la posible conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, la intervención del mediador debería tener carácter voluntario para el particular, y la figura de mediador podría recaer en una oficina técnica especializada, en el defensor del contribuyente o en un superior jerárquico al funcionario instructor del procedimiento de gestión. Por último, un aspecto no menos relevante de esta primera hipótesis atañe a la naturaleza y efectos del acuerdo alcanzado entre la Administración y el obligado tributario: se trataría de “un acuerdo de fijación” con la fuerza vinculante propia de estos negocios jurídicos. Por consiguiente, el posterior

acto administrativo de liquidación deberá reflejar el contenido de ese acuerdo previo y el particular tributaré con arreglo a este último sin posibilidad de impugnación de la liquidación, salvo que en el acuerdo de fijación hayan concurrido causas de nulidad o vicios de consentimiento.

Finalmente, en la segunda hipótesis planteada, esto es, la mediación que opera cuando la controversia ya está radicada en la vía económico-administrativa previa a la contenciosa, se trataría de instaurar una “mediación institucional”, a modo de órgano colegiado especializado en Derecho tributario y con independencia funcional, en ocasiones sustitutivo de los actuales tribunales económico-administrativos y en otras insertado en el procedimiento de reclamación ante estos últimos. El acuerdo alcanzado a instancia de dicho órgano colegiado tendría naturaleza contractual y sería asimismo vinculante para ambas partes.

En conclusión, el ordenamiento tributario español tiene todavía por delante un largo camino que recorrer para hacer realidad cualquiera de las distintas propuestas *de lege ferenda* que acabamos de plantear. No hacerlo significa ignorar que la mediación y el arbitraje constituyen medios extrajudiciales de resolución de controversias que, bien configurados, en modo alguno chocan con los principios y reglas básicas informantes del Derecho tributario. Los tiempos actuales demandan soluciones a los conflictos en los que la defensa del interés público por la Administración no debe estar reñida con la esperada eficacia y agilidad de esta última en procurar la efectividad del crédito tributario.

5. Bibliografía

AA.VV., *Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales al Anteproyecto de Ley General Tributaria*, AEDAF, Madrid, 2003.

AA.VV., *Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.

AA.VV., *Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*, Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, 2002.

AA.VV., *La conveniencia de la implantación de fórmulas transaccionales y arbitrales en materia tributaria*, “Papers AEDAF”, n. 8, 2013.

- A. LÓPEZ DÍAZ, "Autocomposición de intereses en materia tributaria", en AA.VV., *Estudios de Derecho Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- C. GARCÍA NOVOA, *Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias. Su introducción en el Derecho español*, "Revista Técnica Tributaria", n. 59, 2002.
- D. CASAS AGUDO, "Sobre la admisibilidad constitucional y dogmática de los mecanismos consensuales y negociales de aplicación de los tributos. Especial mención al ordenamiento italiano", en AA.VV., *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*, Volumen V, Editorial Temis – Jovene Editore, Bogotá – Napoli, 2011.
- E. ANDRÉS AUCEJO, *La resolución alternativa de conflictos tributarios en Italia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.
- E. ANDRÉS AUCEJO, *Mecanismos convencionales y transaccionales de resolución de conflictos en Derecho Tributario Nacional y Comparado. La mediación en Derecho Tributario: una propuesta de lege ferenda*, "Quincena Fiscal", n. 21, 2010 (versión electrónica BIB 2010/2454).
- F. SERRANO ANTÓN, "Métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria: admisibilidad, compatibilidad constitucional y remedio a la litigiosidad", en AA.VV., *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*, Volumen V, Editorial Temis – Jovene Editore, Bogotá – Napoli, 2011.
- I. MERINO JARA, "Las propuestas previas de tributación en el País Vasco", en AA.VV., *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*, Volumen V, Editorial Temis – Jovene Editore, Bogotá – Napoli, 2011.
- J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, *Las actas de la Inspección de los Tributos*, Civitas, Madrid, 1994.
- J.J. FERREIRO LAPATZA (Director), *La justicia tributaria en España*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- J.R. CATARINO Y L. GOMES FILIPO, "L'arbitrato nel diritto tributario: stato attuale e prospettive", en AA.VV., *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*, Volumen V, Editorial Temis – Jovene Editore, Bogotá – Napoli, 2011.
- M.G. DE FLORA, *Modalità alternative di gestione del procedimento tributario*, Tesis Doctoral inédita en cotutela (Università degli Studi di Salerno – Universidade de Vigo), año académico 2008-2009.

- M^a.L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, "La posibilidad de incorporar la mediación como forma de terminación convencional de los procedimientos tributarios", en Aa.Vv., *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- P. VICENTE-ARCHE COLOMA, *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- R.O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3^a edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- Y. MARTÍNEZ MUÑOZ, *Las actas con acuerdo en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

ROSSANA MARTINGO CRUZ*

O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO FAMILIAR – UMA OBSERVAÇÃO CRÍTICA À REALIDADE PORTUGUESA

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. - 2. A mediação familiar em Portugal – evolução legislativa. - 3. A potencialidade do advogado na mediação familiar e a resistência do mundo jurídico. - 4. Reflexões finais.

1. *Considerações introdutórias.* – O presente texto pretende ser uma singela reflexão sobre a intervenção do advogado na mediação familiar, enquanto mandatário de umas das partes. A realidade portuguesa deixa constatar que existe uma oposição (nem sempre velada) de parte do mundo jurídico, em especial de alguns advogados, face aos meios de resolução alternativa de litígios (RAL). Tal atitude pouco tolerante à mudança de paradigma de justiça advém, julga-se, de um certo desconhecimento destes meios e do receio de se tornarem dispensáveis nos mesmos. Ora, é esta visão exígua dos meios de RAL, em particular da mediação familiar, que se aspira desmistificar.

Ousa-se, até, insinuar que a desconfiança, não raras vezes, é directamente proporcional ao desconhecimento e que tal tem sido um fenómeno aferido em Portugal, no que à mediação familiar concerne.

Não se olvidará que a advocacia é um pilar fundamental do Direito, daí que se propugne a sua intervenção directa no âmbito destes meios extrajudiciais. O advogado, como coadjuvante na prossecução da Justiça, deve perscrutá-la de forma activa e participada. Não estará a advocacia portuguesa a fazer um bom trabalho e a cumprir o seu papel de garante do Direito e da Jus-

* Mestre em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assistente convidada, na Escola Superior de Gestão, do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Doutoranda em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

tiça quando camufla a sua apreensão (tantas vezes motivada por temores e interesses utilitaristas) num cepticismo e antagonismo reaccionários.

Porém, como em todas as generalizações, o perigo é tomar a parte pelo todo, numa sinédoque imerecida por parte de advogados propulsores de uma mediação familiar sólida.

Assim, propõe-se dar uma visão da mediação familiar em Portugal, a sua evolução legislativa (que não é alheia ao relevante contributo europeu) e a necessidade do advogado fazer parte desta equação, não se devendo subtrair da mesma por receios desprovidos de senso.

2. A mediação familiar em Portugal – evolução legislativa. – A mediação familiar em Portugal não é um fenómeno recente, embora ainda assim o transpareça para a maioria da comunidade jurídica. Já há duas décadas que vem sendo aludida por diferentes técnicos, ainda que com pouca consequência na vida judiciária do país.

Paulatinamente, o legislador foi corporizando essas vozes (ainda que de forma tímida) e permitindo uma construção legal da mediação familiar. A evolução deste meio de resolução alternativa de litígios não é dissociável do impulso europeu. Não obstante desse reconhecimento, as linhas que se seguem, pelo propósito a que se destinam, focam-se particularmente na progressão dos diplomas normativos nacionais, sendo a legislação comunitária referida de modo incidental.

Em Portugal, o primeiro diploma normativo sobre mediação familiar foi o Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça¹. Este diploma criou o Gabinete de Mediação Familiar. Pela primeira vez, foi criado um serviço público de mediação familiar².

¹ Publicado no «Diário da República», 2.ª Série, n.º 283 em 09-12-1997, pp. 15039-15040 ss.

² Já existia um esforço multidisciplinar de psicólogos, terapeutas e juristas em promover este meio de resolução alternativa de litígios (designadamente com a criação do Instituto Português de Mediação Familiar, da Associação Nacional para a Mediação Familiar e com uma formação organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, em 1994/95).

Todavia, este gabinete – bem como o despacho que lhe subjaz – era ainda incipiente, uma vez que se dirigia somente a conflitos decorrentes do exercício das responsabilidades parentais³ e com uma competência territorial circunscrita à comarca de Lisboa⁴. Compreende-se que o presente instrumento normativo tinha um carácter meramente experimental, porém, mesmo assim, poderia ter sido um pouco mais rigoroso nos seus conceitos⁵. A parca fundamentação que aquele despacho revestiu fez com que a mediação familiar, naquela fase, não pudesse ser percebida como um instrumento empenhado de paz so-

³ Aí, ainda designadas de «poder paternal». Só com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, se substituiu a expressão «*poder paternal*» por «*responsabilidades parentais*» (artigo 3.º daquela lei). No entanto, essa alteração já vinha sendo reclamada pela doutrina e jurisprudência, na medida em que a anterior expressão não espelhava a natureza e conteúdo dos direitos e deveres intrínsecos àquela realidade. Pois, por um lado, a criança é um sujeito autónomo de direitos, não se encontra sob poder dos pais, mas sim sob a sua responsabilidade. Por outro lado, as responsabilidades parentais são um poder-dever ou um poder funcional, na medida em que o seu exercício não está na disposição da vontade do respectivo sujeito. Não há, assim, uma liberdade de actuação (pois, o seu titular não é livre de o exercer), daí a designação de poderes-deveres. Ademais, estes poderes têm de ser exercidos da forma legalmente prescrita; o seu titular (que exerce no interesse de outrem, que não o seu) não se pode furtar a eles, nem os pode exercer da maneira que quiser. Há uma vinculação do exercício das responsabilidades parentais, ao interesse do menor. Também, a expressão paternal tinha uma ligação (embora já sem reflexo prático) ao pater, ou seja, de que o poder caberia ao pai. A alteração para parental visa a igualdade de direitos e de deveres de ambos os pais relativamente à pessoa e ao património dos filhos menores, promovendo uma corresponsabilidade dos progenitores pela educação e desenvolvimento sadio do filho e mantendo-se na senda do princípio da igualdade presente na Constituição da República Portuguesa.

⁴ «2- O gabinete delimitará a sua acção às situações de conflito parental relativas à regulação do exercício do poder paternal [actuais responsabilidades parentais], à alteração da regulação do exercício do poder paternal e aos incumprimentos do regime de exercício do poder paternal para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa.» Ponto 2 do Despacho n.º 12 368/2007 (2.ª série).

⁵ Não se esquece, contudo, que este despacho é anterior à Recomendação n.º R (98) 1, do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros, o diploma comunitário mais relevante no que, especificamente, à mediação familiar diz respeito.

cial, com uma real aplicabilidade nos conflitos jurídico-familiares. Aliás, são usadas várias expressões imprecisas⁶, como, quando se refere, no ponto 4.1., «*Promover uma atitude conciliadora e facilitadora da negociação do conflito familiar*»; ou, no Ponto 4.2., «*Oferecer ao casal em fase de separação um contexto adequado à negociação, possibilitando a sua autodeterminação*». Ora, o uso de enunciações referentes a «*conciliação*» ou «*negociação*», embora ao nível do senso comum sirvam o seu propósito, são demonstrativos de alguma falta de rigor e susceptíveis de confusão, uma vez que se reportam a outros meios de RAL autónomos e distintos da mediação.

Este despacho, com as suas limitações – que não se quedam pelas supra enumeradas – continuou a vigorar, tendo a sua fórmula sido alargada a outras comarcas de Portugal Continental. Porquanto, em 2002, em virtude de uma maior procura nos serviços de mediação familiar, o Ministério da Justiça estende o âmbito territorial de competências do Gabinete de Mediação Familiar a comarcas próximas de Lisboa (através do Despacho n.º 1091/2002⁷ de 16 de Janeiro). Poucos anos depois, emite outro Despacho (o Despacho n.º 5524/2005⁸, de 15 de Março, do Gabinete do Ministro da Justiça), com o mesmo intuito de alargar os serviços de mediação familiar, desta feita, à comarca de Coimbra.

Ora, se o Despacho de 1997 era passível de crítica pela sua incipiência, muito mais se esperaria (e se exigiria) dos seguin-

⁶ Também não se ignora que o uso de expressões e conceitos indeterminados caracterizam o Direito da Família, permitindo uma adequação casuística dos mesmos, atendendo à evolução social que este ramo do Direito se vê forçado a acompanhar. Todavia, aqui não se tratam de conceitos a preencher pelo julgador perante o caso concreto. Pelo contrário, o que se esperava deste diploma era a construção sólida das linhas de força de um meio de resolução de conflitos para que a sua aplicabilidade pelos técnicos especializados (os mediadores) pudesse ser feita de forma coerente, não obstante da idiosincrasia de cada um dos mediadores, dos mediados e do dissídio que os une.

⁷ Despacho n.º 1091/2002 do «Gabinete do Secretário de Estado da Justiça», DR, 2.ª Série, n.º 13, 16 de Janeiro de 2002, p. 887 s.

⁸ Despacho n.º 5524/2005 do «Gabinete do Ministro da Justiça», DR, 2.ª Série, n.º 52, 15 de Março de 2005, p. 4110 s.

tes. Pois, enquanto aquele foi anterior ao diploma fomentador da mediação familiar na União Europeia, já os restantes são subsequentes a este⁹. Alude-se à Recomendação R (98) 1, do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar. Esta Recomendação é um dos diplomas de direito comunitário que mais influenciou as legislações dos Estados-Membros¹⁰. Fomenta a mediação familiar, tomando em consideração o número cada vez maior de conflitos familiares e as consequências que daí advêm, especialmente pela configuração própria da alteração entre pessoas unidas por um vínculo familiar¹¹; e atendendo aos manifestos benefícios da mediação familiar, incita os Estados-Membros a promoverem este mecanismo extrajudicial¹². Na Recomendação foram ainda elencados os princípios norteadores e o seu público-alvo: membros de uma mesma família, quer ligados por sangue ou casamento, bem como as pessoas que têm ou tiveram re-

⁹ Não obstante de já existir, com mais de uma década, uma das primeiras manifestações do reconhecimento de que o futuro da Justiça passa por estes meios alternativos de justiça: a Recomendação N.º R (86) 12, do Comité de Ministros dos Estados-Membros relativa a determinadas medidas destinadas a prevenir e a reduzir a sobrecarga de trabalho dos tribunais. Esta Recomendação veio reconhecer a incapacidade dos tribunais para determinadas matérias. Nessa sequência, aventa a necessidade de encontrar alternativas aos meios tradicionais de justiça, almejando o consenso alcançado através de meios como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Assim, já beneficiava o nosso Estado de um diploma com alguma solidez na sua explanação que poderia ter aproveitado aquando o despacho de 2007.

¹⁰ A Recomendação, enquanto fonte de direito comunitário derivado, carece de força vinculativa própria. Todavia, tal não obvia a preponderância deste texto no âmbito da concretização e promoção da mediação familiar.

¹¹ O facto destes conflitos integrarem pessoas que, não raras vezes, terão de manter a convivência; bem como o seu contexto emocional penoso, especialmente para os filhos, quando estes existam. A este propósito, consultar o Ponto 5 da Recomendação N.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar.

¹² Assim, recomenda aos Governos dos Estados-Membros que: *i) instituem ou promovam a mediação familiar ou, se for o caso, reforcem a mediação familiar existente; ii) que tomem ou reforcem todas as medidas que julguem necessárias, com vista assegurar a aplicação dos seguintes princípios para a promoção e utilização da mediação familiar como meio apropriado de resolução de litígios familiares.*

lações familiares, remetendo tal consideração para as legislações nacionais – Princípio I, alínea b). Também concretiza alguns dos princípios inerentes ao processo da mediação e ao mediador, como a imparcialidade e neutralidade do mediador, a sua incapacidade de impor soluções às partes, o respeito pela vida privada, a confidencialidade¹³, o superior interesse da criança¹⁴, entre outros. Daí que não se alcance porque o legislador não aproveitou a densificação jurídica deste diploma e incutiu alguns destes ensinamentos nas oportunidades que teve quando revisitou a mediação familiar, nos despachos de 2002 e 2005.

Melhor esteve o legislador quando, em 2007, aprova o Despacho n.º 18778/2007¹⁵, dando à mediação familiar um diploma mais completo que há muito se aguardava. Este novo diploma revogou os anteriores, ou seja, revogou o Despacho n.º 12 368/97, o Despacho n.º 1091/2002 e o Despacho n.º 5524/2005 (art. 13.º do Despacho n.º 18 778/2007).

Apesar de não estar isento de críticas, foi um salto qualitativo notável face ao instrumento legislativo da década anterior.¹⁶ Não só alargou territorialmente a mediação familiar¹⁷, como

¹³ *As discussões que tiverem lugar durante a mediação são confidenciais e não podem ser posteriormente utilizadas, salvo com o acordo das partes ou nos casos permitidos pelo direito nacional.* Princípio III, ponto vi).

¹⁴ Aliás, a própria Recomendação refere que o artigo 13.º, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, reitera a necessidade da disponibilização da mediação e outros meios de RAL, em conflitos que envolvam crianças.

¹⁵ Despacho n.º 18778/2007 do «Gabinete do Secretário de Estado da Justiça», DR, 2.ª Série, n.º 161, 22 de Agosto de 2007, pp. 24051 ss.

¹⁶ Note-se que os despachos de 2002 e 2005 são meras ‘extensões’ de âmbito territorial, mantendo-se todo o conteúdo substantivo do Despacho n.º 12 368 de 1997.

¹⁷ O artigo 5.º do Despacho n.º 18 778/2007 dispõe: «1- Podem ser realizadas mediações através do SMF [Sistema de Mediação Familiar] nos municípios definidos em despacho do director do GRAL [Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios], sem prejuízo da disponibilização imediata deste serviço nos seguintes municípios: a) Almada; b) Amadora; c) Barreiro; d) Braga; e) Cascais; f) Coimbra; g) Leiria; h) Lisboa; i) Loures; j) Mafra; l) Oeiras; m) Porto; n) Seixal; o) Setúbal; p) Sintra. 2- Nos municípios referidos nos nú-

consagrou um novo âmbito material, já não limitado apenas aos conflitos decorrentes das responsabilidades parentais. Para tanto, reconfigura toda a estrutura do serviço público de mediação familiar, criando o Sistema de Mediação Familiar (SMF).

Este instrumento legislativo tem uma robustez jurídica incomensuravelmente superior ao de 1997, porém, mesmo assim, poder-se-ia ter ido mais além - designadamente no que concerne à densificação dos princípios presentes na mediação familiar, uma vez que nem todos são de simples compreensão e aplicabilidade¹⁸. Mas muitos outros aspectos poderiam ter sido melhor caracterizados, aproveitando o contributo da Recomendação N.º R (98) 1.

Em Portugal, ainda é o Despacho n.º 18 778/2007 o diploma normativo vigente no que à mediação familiar respeita. No entanto, em 2013, surge a denominada '*Lei da Mediação*', a Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril¹⁹, que veio estabelecer os *princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública*. Assim, embora não se aplique so-

meros anteriores realizam-se mediações através do SMF (Sistema de Mediação Familiar) independentemente da residência das partes.». Não obstante deste artigo já permitir um acesso alargado da mediação familiar (uma vez que não limita a competência territorial à residência das partes), poucos meses depois do Despacho n.º 18778/2007 ser publicado, surge a Resolução do Conselho de Ministros n.º 172/2007 (DR, 1.ª Série, n.º 213, 6 de Novembro de 2007, pp. 8063 ss.), dispondo o seguinte: «1-Com vista a garantir uma gestão racional do sistema de justiça, libertando os meios judiciais, magistrados e oficiais de justiça para a protecção de bens jurídicos que efectivamente mereçam a tutela judicial, adoptar as seguintes orientações e medidas: (...) j) Alargamento do sistema de mediação familiar a todo o território nacional.» Assim, actualmente, podemos afirmar que não existe competência territorial na mediação familiar.

¹⁸ O artigo 2.º do Despacho n.º 18 778/2007 dispõe o seguinte: «1 - O SMF desenvolve a sua actividade com garantia de voluntariedade, celeridade, proximidade, flexibilidade e confidencialidade.», sendo esta a única referência aos princípios da mediação familiar neste diploma. Julga-se que uma maior materialização seria necessária, até na senda da Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar, que concretiza aqueles princípios.

¹⁹ Publicado no «Diário da República», 1.ª Série, n.º 77, 19 de Abril de 2013, pp. 2278-2284 ss.

mente à mediação familiar (nem seja totalmente aplicável a esta)²⁰, consubstanciou uma alteração já há muito aguardada. Esta lei veio concretizar os princípios aplicáveis à mediação (familiar ou não)²¹, bem como estabelecer o estatuto dos mediadores de conflitos, os seus direitos, deveres, fundamentos de impedimentos e escusa, fiscalização da actividade dos mesmos, etc. A premência de um tratado desta natureza já se fazia sentir²².

²⁰ O capítulo III não é aplicável aos conflitos passíveis de mediação familiar – assim estabelece a alínea a) do n.º 2 do artigo 10.º.

²¹ A presente lei consagra os princípios da mediação no capítulo II, tendo expressamente positivado os seguintes: voluntariedade (art. 4.º); confidencialidade (art. 5.º); igualdade e imparcialidade (art. 6.º); independência (art. 7.º); competência e responsabilidade (art. 8.º); e executoriedade (art. 9.º). Apesar de não se concordar inteiramente com a opção legislativa no que aos princípios concerne, não se ignora o passo fundamental dado por esta Lei neste contexto.

²² Principalmente pela já dilatada existência da Directiva 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Esta Directiva 2008/52/CE dirige-se aos conflitos transfronteiriços, porém nada obsta a que os Estados-Membros apliquem as suas disposições aos processos de mediação internos. «*Na verdade, propugnamos que os Estados aproveitem o ensejo de transpor a Directiva regulando simultaneamente a mediação interna e transfronteiriça, de modo a que se possa desenhar de forma coerente em termos europeus o quadro normativo aplicável a este método.*» A Directiva 2008/52/CE parece surgir como a culminação dos esforços encetados nas Recomendações N.º R (86) 12 e N.º (98) 1 e no Livro Verde de 2002 (o Conselho Europeu convidou a Comissão a apresentar um Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial, para fazer o ponto da situação existente e lançar uma ampla consulta a fim de preparar as medidas concretas a tomar, no que concerne à mediação). A Directiva 2008/52/CE teve a preocupação de determinar que a mediação não pode ser considerada uma alternativa inferior aos meios tradicionais de justiça, pelos acordos resultantes da mediação dependerem da vontade das partes. Previne, na senda do já estabelecido na Recomendação N.º (98) 1, a necessidade de garantir formas de tornar os acordos executórios (artigo 6.º). Permite, também, que seja o próprio tribunal a convidar as partes a recorrerem aos serviços de mediação para resolver o seu litígio, ou convidar apenas para uma sessão de pré-mediação, onde fiquem a conhecer este meio de RAL e o seu procedimento (artigo 5.º). Outros dos aspectos importantes, vertidos neste diploma, respeita à salvaguarda da confidencialidade da mediação e os seus eventuais limites. Nos termos do disposto no artigo 7.º, não podem ser usadas, em processos judiciais ou arbitrais, provas ou informações obtidas decorrentes da sessão de

Deste modo, no que à mediação familiar importa, aplicam-se, neste momento, dois diplomas: o Despacho n.º 18 778/2007, complementado pela Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

De referir, ainda, que outros diplomas, importantes no âmbito do Direito da Família, foram fazendo menção à mediação familiar²³. A referência mais importante é, sem dúvida, a inclusão

mediação (excepto se as partes e os mediadores assim o decidirem). Este dever de confidencialidade é transversal ao processo e a todos os seus intervenientes. São, todavia, desenhados alguns limites a este dever de confidencialidade, como a protecção do superior interesse da criança, a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou quando a divulgação do conteúdo do acordo de mediação seja necessário para a sua execução. Há, ainda, uma preocupação com os prazos de prescrição e caducidade, vinculando os Estados-Membros a assegurar que as partes que optem pela mediação não possam ser impedidas de, mais tarde, intentar uma acção judicial por terem expirado os prazos de caducidade e prescrição (artigo 8.º). Os contornos essenciais relativos à mediação estão reunidos neste diploma, que transparece um cuidado do legislador comunitário com a divulgação da mediação nos diferentes Estados-Membros. Apesar da Directiva 2008/52/CE consignar vários pontos importantes, a sua transposição inicial em Portugal, focou-se, essencialmente, na confidencialidade e nos efeitos da mediação nos prazos de prescrição e caducidade (artigos 7.º e 8.º). Inicialmente, a Directiva foi transposta para o nosso ordenamento jurídico, através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que introduziu quatro novos artigos no, então, Código de Processo Civil (artigos 249.º-A, 249.º-B, 249.º-C e 279.º-A, cujas epígrafes são, respectivamente, *Mediação pré-judicial e suspensão de prazos; Homologação de acordo obtido em mediação pré-judicial; Confidencialidade; e Mediação e suspensão da instância*). Na altura, já se clamava por um diploma próprio de mediação, o que veio a suceder com a actual Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril. O actual Código de Processo Civil Português (Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), quedou apenas com um artigo dos anteriormente referidos, o agora artigo 273.º («Mediação e suspensão da instância»), que corresponde ao anterior art. 279.º - A (do Código de Processo Civil anterior, Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro).

²³ A Organização Tutelar de Menores (OTM), Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro – diploma de extrema importância no âmbito da jurisdição de menores – consagra, no artigo 147.º – D, que em qualquer estado da causa, especialmente nos processos de regulação de responsabilidades parentais, pode o juiz oficiosamente, com o consentimento das partes, ou a requerimento destas, remeter o processo para serviços de mediação. Esta norma, não obstante de já se encontrar naquele diploma desde 1999 (foi aditado pela Lei n.º 133/99, de 28 de Agosto, como consequência directa da Recomendação N.º R (98) 1), nunca teve uma grande aplicabilidade, sendo até ignorada por muitos práticos do Direito, com obrigação de a conhecer. Mais

no Código Civil do artigo 1774. Este artigo veio estabelecer uma obrigatoriedade de informação dos serviços de mediação familiar, por parte do tribunal e da Conservatória do Registo Civil²⁴, em caso de divórcio. É um mero dever de informação, no entanto, surge, pela primeira vez, a referência à mediação familiar num diploma de essencial relevância como o Código Civil. O legislador entendeu que este seria um primeiro passo na dinamização da mediação familiar, permitindo uma solução mais

recentemente, também o Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil (esta figura jurídica, prevista na Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, refere-se à *relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil.* – artigo 2.º daquela Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro) e o novo Regime Jurídico do Processo de Inventário (Lei n.º 23/2013, de 5 de Março), fazem uma referência à mediação familiar – embora censurável, atendendo que esta alusão foi inserida de forma camuflada em artigos específicos, ao invés, de num artigo próprio. Julga-se que deveria ser expressa a possibilidade de recurso à mediação familiar em qualquer tipo de conflito decorrente de um apadrinhamento civil ou de um processo de inventário. «cfr.», a este propósito, art. 25.º da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro e art. 79.º da Lei n.º 23/2013, de 5 de Março.

²⁴ Em Portugal, o divórcio poderá ser decretado pelo tribunal ou pela Conservatória do Registo Civil (art. 1773.º do Código Civil). Se as partes estão de acordo quanto ao divórcio e, ainda, quanto às questões subsequentes ao mesmo (designadamente, quanto ao exercício das responsabilidades parentais, à casa de morada de família, aos alimentos a ex-cônjuge) podem apresentar o requerimento de divórcio na Conservatória do Registo Civil, sendo esta competente para a apreciação daqueles acordos, excepto no concernente às responsabilidades parentais, que terá de ser enviado ao Ministério Público para apreciação (art. 1776.º A do Código Civil). Caso os cônjuges estejam de acordo quanto ao divórcio, *per si*, mas não se entendam quanto às questões satélite supra referidas, será o tribunal a sede competente, não obstante de se tratar de um divórcio por mútuo consentimento (para estes casos a mediação familiar é uma mais valia inequívoca, promovendo o acordo entre as partes e permitindo que estas possam cumprir os requisitos para requerer o divórcio na Conservatória do Registo Civil). Na eventualidade de só um dos cônjuges pretender o divórcio, aí, já estaremos no âmbito do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e este será sempre intentado num tribunal. O artigo 1774.º veio determinar uma obrigação legal quer da Conservatória, quer do Tribunal, de darem a conhecer os serviços de mediação familiar.

vinculativa, num futuro próximo²⁵. Mais uma vez, tanto a inserção da norma como o seu alcance, não são isentos de críticas, mas tem o benefício de ter sido uma primeira menção num diploma de tamanha importância entre juristas.

3. *A potencialidade do advogado na mediação familiar e a resistência do mundo jurídico.* – Apesar de todas as virtuosidades que a mediação familiar traz para os conflitos ligados à família, não será uma fórmula milagrosa que resolve todas as situações jurídico-familiares. No entanto, cabe a todos os praticos do Direito conhecer as suas vantagens para que possam encaminhar os cidadãos para a mesma sempre que esta possa ser apropriada. É aqui que o advogado terá um papel preponderante como profissional com um contacto privilegiado com o cidadão comum. Não se espera que todos os advogados e os demais praticos da Justiça se convertam de forma milagrosa à mediação; também não se fará um apologismo cego deste meio de resolução alternativa de litígios, na expectativa de uma evangelização forçada que em nada beneficia a mediação familiar. Julga-se que o primeiro passo será o de reconhecer que este mecanismo, com todas as suas mais-valias, tem limitações e será até inapto para algumas situações. Um elogio desmedido desta prática não a torna autêntica. Aventa-se que parte da resistência dos juristas à mediação deriva de uma promoção um pouco fantasiosa da mesma, com a pretensão de que resolverá todas as contendas familiares. Encará-la como uma alternativa implica visionar a mediação como um todo e não apenas os seus casos de sucesso. Em Portugal, a discussão sobre a mediação familiar, no âmbito judiciário, ainda não atingiu o patamar pretendido, escondendo-se por detrás de temores mercantilistas e preconceitos velados.

²⁵ Compreendeu-se a opção do legislador quando, em 2008, estipulou um mero dever de informação, no artigo 1774.º no Código Civil. Tal derivou do receio de constituir uma vinculação que o próprio sistema de mediação familiar não pudesse cumprir, dadas as suas limitações. Neste sentido, G. DE OLOVEIRA, *A Nova Lei do Divórcio*, in «Revista Lex Familia», Ano 7, n.º 13, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 7 s. Porém, talvez já seja a altura de re-visitado esta solução.

Não obstante de lidar com situações puramente pessoais, a mediação familiar necessita de um alicerce jurídico que a sustente. É, por isso, premente favorecer uma visão integrada destas realidades. O cidadão quando se dirige ao sistema tradicional de justiça (por ser aquele que conhece) deverá ser encaminhado para a solução mais adaptada ao seu problema. Ou seja, depois de feito o diagnóstico, deverá ser orientado para o método de resolução de litígios que se adequa a si.

A resistência abrange grande parte do mundo judiciário²⁶, porém, para efeitos desta reflexão, forçar-nos-emos no papel do advogado, enquanto pilar fundamental da Justiça.

Num sistema eficaz e esclarecido, existirá uma complementaridade entre a advocacia e a mediação. Enquanto o advogado direcciona as partes para a mediação quando entenda que esta será a solução apropriada (mas, para tal, terá de a conhecer e estar ciente das suas vantagens e aplicabilidade); concomitantemente, o mediador remeterá as partes para um advogado, como garante dos seus direitos, uma vez que não pode representar as partes em conflito²⁷.

A mediação não está vedada aos advogados, estes podem estar presentes nas sessões de mediação²⁸. Devem ter uma postura ade-

²⁶ Apesar de tribunais e conservatórias terem um dever legalmente consagrado de dar a conhecer os serviços de mediação familiar (artigo 1774.º do Código Civil e 14.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro), a prática mostra que tal não tem sempre acontecido. Parece, pois, que o próprio Estado não consegue convencer as suas instituições dos benefícios da mediação familiar.

²⁷ Se o fizesse, estaria, a praticar um acto próprio do advogado, podendo até incorrer no crime de procuradoria ilícita, nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto.

²⁸ Nem podem ser impedidos de estar presentes, nos termos do n.º 3 do artigo 61.º e artigo 64.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro). Artigo 61.º, n.º 3: «*O mandato judicial, a representação e assistência por advogado são sempre admissíveis e não podem ser impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer outra natureza*»; e artigo 64.º: «*Os advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor não podem ser impedidos, por qualquer autoridade pública ou privada, de praticar actos próprios da advocacia*».

quada à sessão de mediação, ou seja, assumir um papel de retaguarda e não de protagonista. Os protagonistas do conflito são os mediados e, enquanto no sistema tradicional de justiça, naturalmente opositivo, a função de exprimir a vontade das partes cabe ao advogado; na mediação, este queda-se como um garante das posições jurídico-inalienáveis do seu cliente, sendo este o seu limite de actuação, não se imiscuindo no desenrolar da sessão.

A Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, no seu artigo 18.º permite, expressamente, que as partes se possam fazer acompanhar por advogados, advogados estagiários e solicitadores. Este artigo 18.º enquadra-se no capítulo III – capítulo não aplicável à mediação familiar (ex vi al. a) do n.º 2 do art. 10.º) – no entanto entende-se que, no que concerne ao acompanhamento por parte do mandatário (advogado, advogado estagiário ou solicitador) tal deve também aplicar-se à mediação familiar. Situação distinta e criticável é a possibilidade de representação no âmbito da mediação²⁹. Aquele mesmo preceito normativo (n.º 1 do art. 18.º da citada Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril) contempla esta possibilidade, quando dispõe que «as partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação (...)». Ora, não se concorda com esta faculdade e, aqui, já faz todo o sentido que este preceito normativo (inserido no capítulo III) não seja aplicável aos litígios passíveis de serem objecto de mediação familiar (tal como dispõe o art. 10.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril). O carácter pessoalíssimo da mediação familiar não se coaduna com uma representação das partes³⁰. Os mediados têm de estar presentes nas sessões, partilhar os seus anseios, comunicar os seus interesses e permitir que o mediador resgate o diálogo e busque o consenso. Não se vislumbra como pode tal desiderato acontecer se as partes não estiverem presencialmente na mediação.

Nem sempre a presença dos mandatários é bem vista pelos práticos da mediação. Até se atreverá a afirmar que alguns mediadores demonstram muitas reservas quando as partes se fa-

²⁹ Neste sentido, F.M. DIZ, «*Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas*», in «*Revista General de Derecho Procesal*», n.º 33, 2014, p. 9 s.

³⁰ Consultar, a este propósito, LOPES, DULCE, PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, 2014, pp. 120-121 ss.

zem acompanhar pelos seus mandatários, muitos entendem que os mesmos embarçam o carácter informal da mesma e que colocam obstáculos na obtenção do acordo.

Ora, cabe ao mediador, aquando o início da mediação³¹ explicar a cada um dos presentes a postura a adoptar e estabelecer os limites de actuação de cada um. O mandatário terá de agir em conformidade com a natureza da mediação, não se espera que este verbalize posições (excepto quando estejam em causa direitos indisponíveis) ou que embarque numa demanda de persuasão, uma vez que não lhe cabe esse papel (que habitualmente desempenha no âmbito judicial)³².

A sua função consiste em zelar pelos interesses do seu cliente (ser um garante dos seus direitos) e, concomitantemente, conferir uma maior idoneidade a todo o processo de mediação. A prossecução do interesse do cliente (a que está legalmente adstrito, nos termos do n.º 2 do artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados Portugueses³³) impedirá a assunção de acordos que possam afectar a posição jurídica das partes.

Daí que a Ordem dos Advogados Portuguesa, no seu parecer relativo à Proposta de Lei da Mediação, tenha defendido a presença obrigatória do advogado na mediação, fundamentando que: «*O juiz é por definição um dos principais garantes dos direitos fundamentais dos cidadãos, por isso, quando os juízes são substituídos por mediadores mais necessária se torna a intervenção de advogados como reforço e protecção daqueles direitos e garantias*»³⁴. Esta tese não teve acolhimento, dada a redacção final do artigo 18.º supra aludida. Compreende-se e partilha-se, pelo menos em parte, da apreensão manifestada pela Ordem dos Advogados nesse parecer. Não se concorda com a reticência e

³¹ Se possível, na sessão de pré-mediação (sessão informativa).

³² *O papel do advogado numa sessão de mediação é muito diferente daquele que desempenha em tribunal judicial ou arbitral. Desde logo, na mediação não é necessário convencer ninguém quanto aos factos ou ao direito (...).* M.F. GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2012, p. 46 s.

³³ «2 - O advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas.» Artigo 92.º, n.º 2 do Estatuto da Ordem dos Advogados.

³⁴ Página 10 do referido parecer, disponível em <http://app.parlamento.pt/>.

resistência à mediação, mas sim com a preocupação com que visiona a possibilidade das partes não terem qualquer assessoria jurídica no âmbito da mediação. Na mediação familiar, pelo menos em sentido estrito³⁵ (aquela que existe em consequência de um divórcio), este risco é amenizado pela necessidade de homologação dos acordos (quer pelo Conservador, quer pelo Juiz). Assim, existe necessariamente uma sede para aferir se os direitos indisponíveis das partes estarão em causa.

Compreende-se a crítica de que este artigo deveria ter ido mais além e não consagrar somente uma mera faculdade³⁶. No entanto, seria intrincado concatenar uma obrigatoriedade da presença de um advogado quando muitas destas matérias são de jurisdição voluntária e, por isso, não é obrigatória a constituição de advogado, excepto na fase de recurso³⁷. Não obstante, defende-se que as partes devem ser acompanhadas por um mandatário ao longo da mediação familiar, sendo facultado um em caso de insuficiência económica³⁸.

³⁵ Denominamos mediação familiar em sentido estrito como aquela que surge para regular os aspectos subsequentes ao divórcio. Já a mediação familiar em sentido amplo versará sobre todos os litígios familiares e parafamiliares (como a União de Facto ou o Apadrinhamento Civil). Em Portugal, ainda há alguma indefinição neste sentido, com um elenco material exemplificativo pouco demonstrativo, no artigo 4.º do Despacho n.º 18 778/2007 e com o obstáculo do Princípio da Taxatividade das fontes das relações jurídico-familiares, presente no art. 1576.º do Código Civil. A Recomendação N.º R (98) 1 não resolveu esta questão, deixando à mercê dos Estados-Membros – Princípio I, alínea b). Não é só em Portugal que ainda se olha para a mediação familiar apenas na sua vertente mais restrita. «*La mediazione mira, quindi, a ristabilire la comunicazione fra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di organizzazione delle relazioni dopo la separazione o il divorzio*»; C. TROISI, «*La mediazioni familiare in Italia*» in «*Quaderni di Conciliazione*», n.º 3, 2012, p. 130 s.

³⁶ Crítica que também existe noutros ordenamentos jurídicos: «*L'Avvocatura ha altresì denunciato il ruolo marginale e subalterno riservato agli avvocati nel procedimento di mediazioni, laddove non è stata prevista l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica, che rimane, ad oggi, facoltativa*», L. BUGATI, «*L'Avvocatura e la mediazioni*», in «*Quaderni di conciliazione*», n.º 3, 2012, p. 234 s.

³⁷ Artigo 986.º do Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

³⁸ Desde a Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto – que introduziu alterações na Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho (Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais) –

Todavia, já não se partilha da percepção, demonstrada pela Ordem dos Advogados Portuguesa naquele parecer referido supra, de que as partes estarão menos protegidas na mediação. Na mediação é-lhes dada uma voz, um protagonismo directo no conflito, ao invés de uma mera figuração de segundo plano no tribunal ou conservatória. As partes só estarão na mediação se efectivamente assim o quiserem – característica da voluntariedade – um dos princípios e premissas da mediação.

É intrínseco à natureza das profissões (de mediador e advogado)³⁹ uma perspectiva distinta. Enquanto o mediador tem o dever de ser independente, neutro e imparcial, já o advogado terá de ser parcial, arrogando o interesse do mediado que representa⁴⁰. Contudo, o propósito é que ambas as partes⁴¹ saiam triunfantes daquela disputa, através da mediação. Desse modo, permite-se que sejam estas a definir os seus próprios preceitos⁴² e não se impinja sempre a craveira legal. Não obstante de se defender a presença dos advogados (advogados estagiários ou solicitadores) na mediação familiar, entende-se que tal não desonera o mediador de ser capaz de fazer um crivo jurídico. Este deverá ter conhecimentos suficientes para que as partes não empreguem esforços em acordos que não possam ser homologados, quando esse seja o seu propósito. Tendo sempre em mente que,

que está assegurado o apoio judiciário para efeitos de acesso a estruturas de resolução alternativa de litígios como o Sistema de Mediação Familiar (SMF). Confrontar, a este propósito: arts. 9.º e 17.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, e Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro.

³⁹ Não se ignora que um advogado possa também actuar como mediador. Porém, cabe-lhe fazer a devida separação: quando se encontrar imbuído do seu papel de mediador, terá de se despir da sua veste de advogado (apesar da sua formação jurídica ser, naturalmente, um *plus*, na medida em que saberá quais os acordos juridicamente inaceitáveis e evitará que as partes empreguem esforços não homologáveis).

⁴⁰ Tal como está deontologicamente adstrito – art. 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados Portugueses, Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

⁴¹ Na maioria das situações estaremos perante uma mediação bilateral, na medida em que existem duas posições em confronto. Todavia, tal não significa que seja sempre esse o caso.

⁴² Sempre dentro de certos limites como os direitos indisponíveis e o respeito pelas normas imperativas.

não raras vezes, os acordos resultantes da mediação são baseados na equidade e nos conceitos individuais de justiça.

Apesar de todos os seus benefícios, em determinadas conjunturas a mediação familiar não será adequada. Quando o desacordo entre as partes atingiu um nível de conflituosidade tal (em que as posições cristalizaram), ou quando pretendem uma decisão externa que puna o outro e lhes ateste a razão. Quando o discernimento para uma solução autocompositiva já não seja alcançável, ou quando um dos mediados usa a mediação somente como um mero expediente dilatatório⁴³, caberá ao advogado ou ao mediador (dependendo de quem consegue detectar atempadamente tais situações) não pugnar pelo encaminhamento das partes ou dar a mediação por terminada, caso esta já se tenha iniciado.

Assim, o que se aspira é uma cooperação do advogado e do mediador, como partes complementares de um sistema integrado de Justiça, ao invés da perspectiva dicotómica que muitas vezes assumem.

É importante reiterar ao mediador que o advogado não visa controlar ou dificultar o seu trabalho; e, ao mesmo tempo, assegurar ao advogado que o mesmo não perderá a sua premência e utilidade só porque encaminha as partes para a mediação⁴⁴.

4. *Reflexões finais.* – O que a mediação familiar se propõe a atingir é uma solução consensual, trabalhada e alcançada por um esforço conjunto das partes em conflito. O desiderato é que

⁴³ Situação possível quando – no âmbito de um conflito decorrente do exercício das responsabilidades parentais – uma das partes tem um acordo provisório que lhe agrada e, receando que a solução definitiva seja distinta, lança mão de todas as possibilidades para prorrogar a existência daquela solução transitória.

⁴⁴ Acompanha-se, inteiramente, a douda opinião de M. F. GOUVEIA quando refere: «Sugerir a intervenção de um mediador não implica a diminuição de trabalho (e remuneração) para o advogado. Pelo contrário, a satisfação do cliente implica a médio prazo o seu retorno para a resolução de outros problemas, dos quais desistiria se o método judicial fosse o único disponível. A advocacia deve pensar em termos macro, de médio/longo prazo, de satisfação dos clientes e de rapidez e eficiência na resolução dos seus litígios.» M. F. GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 47 s.

a comunicação seja restaurada e que possam dialogar numa perspectiva de entendimento presente e futuro⁴⁵, deveras importante para evitar incumprimentos vindouros. Quando as partes chegam, por si e pelo seu empenho, a uma solução é natural que se sintam mais vinculadas à mesma. Este carácter consensual da mediação é muitas vezes usado para a descredibilizar. Tal demonstra, somente, o pouco conhecimento da integração jurídica da mesma e da força vinculatória dos seus acordos. É necessário que estes meios de resolução complementar de justiça⁴⁶ se integrem numa visão completa de Justiça. A advocacia, enquanto servidora de uma boa administração do Direito e da Justiça, tem aqui um papel importante a desempenhar. Porém, ousa-se afiançar que tem falhado na busca de uma cultura jurídica plural⁴⁷.

A mediação familiar aspira actuar como um catalisador⁴⁸ ao consenso e a forma como os mediados encaram a mediação familiar dependerá, também, do modo com que o advogado a apresenta e dignifica. O interesse da parte nem sempre se coadunará com uma batalha judicial morosa e com um desfecho inesperado. Não se duvida que o advogado é o primeiro a sustentar tal ideia, aliás, é até o precursor da mesma (desde logo quando a positiva como uma obrigação, no seu código de deontologia de carácter europeu: «*Um advogado não deve ser*

⁴⁵ *L'obiettivo principale e comune ad ogni modello di mediazione familiare è quello di incrementare la capacità di negoziazione della parti, stimolando la «riapertura dei canali di comunicazione» nella coppia e proponendo alla medesima degli itinerari diversi, nel rispetto dei propri bisogni.* M. CORSI, e C. SIRIGNAMO, *La mediazione Familiare: problemi, prospettive, esperienze*, Milano, Vita e Pensiero, 1999, pp. 65 ss.

⁴⁶ Nomenclatura que se prefere, uma vez que afasta o pendor opositivo muitas vezes associado ao vocábulo «alternativo».

⁴⁷ «*Nonostante, i numerosi aspetti oggetto di critica, l'Avvocatura ha comunque riconosciuto l'importanza dell'istituto della mediazioni quale manifestazione della cultura giuridica europea (...)*», L. BUGATI, *ob. cit.*, pp. 234-235 ss.

⁴⁸ *In chimica il catalizzatore è un elemento che provoca una reazione (...). In ogni fase del percorso di mediazione familiare interviene la funzione catalizzatrice del mediatore, il quale però deve essere sempre molto attento a non trasformarla in direttiva, poiché altrimenti andrebbe contro i fini stessi della mediazione familiare.* M. CORSI e C. SIRIGNAMO, *ob. cit.*, p. 70 s.

apenas um pleiteador de causas, mas também um conselheiro do cliente.»)⁴⁹. Daí que não se perceba a dificuldade de alguma advocacia em colocar em prática a máxima que ela própria propugna. A sua premência não está em causa, o advogado é indispensável a uma qualquer sociedade civilizada e não pode ser arredado ou dispensado de qualquer meio de prossecução de justiça. Assim, a sua subsistência jamais estará em causa quando colabora com os meios de RAL, quando encaminha os seus clientes para a mediação familiar. Muito pelo contrário, estará a fazer parte da Justiça do futuro, privilegiando os interesses da parte, tal como está obrigado.

O conhecimento e a informação são armas poderosas na esfera do Direito e um advogado prestará um melhor serviço ao seu cliente e, conseqüentemente à comunidade, se souber informar sobre os diferentes trilhos da prossecução da Justiça. Cada dissídio terá a sua sede mais apropriada e não se propugna branquear, em momento algum, a necessidade dos meios tradicionais de justiça e a inadequação da mediação para algumas disputas. Todavia, cabe ao advogado fazer essa mesma triagem de forma livre e desinteressada⁵⁰. Não se pretende um privilégio injustificado da mediação familiar, somente que a mesma seja contemplada, num patamar de igualdade, com os outros meios de justiça, estando o advogado apto a reconhecer quando a mesma é, ou não, indicada à patologia jurídica em questão.

Dever-se-á apostar numa campanha de informação e sensibilização (a nível nacional e europeu) para este meio tão eficaz na resolução de litígios familiares. Quando os advogados percepcionarem a mediação familiar como uma opção, sentir-se-ão cativados e, até, responsáveis pelo seu crescimento sustentado⁵¹.

⁴⁹ Ponto 1.1. do Código de Deontologia dos Advogados Europeus.

⁵⁰ Tendo, obviamente, em mente os interesses do seu cliente, não os seus ou os da sua classe profissional: «*Sem prejuízo da estrita observância das normas legais e deontológicas, o advogado tem a obrigação de agir sempre em defesa dos interesses legítimos do seu cliente, em primazia sobre os seus próprios interesses ou dos colegas de profissão*». Ponto 2.7 do Código de Deontologia dos Advogados Europeus.

⁵¹ Alusão à ideia de Saint-Exupéry de que somos responsáveis por aquilo que cativamos, A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Le petit prince*, 1943, capítulo XXI.

R. Martingo Cruz

Para tanto, também é necessário que a mediação familiar seja capaz de dar uma resposta em conformidade com esse voto de confiança que clama por parte da advocacia.

A justiça do futuro passa por uma corroboração plena, à semelhança do que se espera dos outros operadores judiciários. Só assim se cumprirá de forma plena o direito de acesso à justiça, acautelado pelos Estados de Direito.

NICOLÁS CABEZUDO RODRÍGUEZ*

RAZONES Y SINRAZONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA JUSTICIA TRADICIONAL EN CRISIS. - II. "JUSTICIA RESTAURATIVA" V. "JUSTICIA TRADICIONAL". - III. EL MÉTODO RESTAURATIVO Y LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL. IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA "JUSTICIA RESTAURATIVA". 1. Premisas coyunturales. 1.1. Las circunstancias socio-económicas. 1.2. La desatención institucional de la víctima. 1.3. La "obsesión punitiva" del sistema penal. 2. Irresponsabilidad personal, idealismo y simplificación. 3. La insalvable distancia entre la "justicia restaurativa" y la "justicia constitucional". 4. Coacción legalizada y ejercicio de derechos procesales. 5. El subjetivismo y localismo de las soluciones restaurativas. V. CONCLUSIONES.

Abreviaturas más utilizadas: Art.- artículo; CE.- Constitución española de 1978; CEDH.- Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; cit.- obra citada; CGPJ.- Consejo General del Poder Judicial; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; DUDH.- Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; EOMF.- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre; L.- Ley Ordinaria; LECrim.- Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882; LO.- Ley Orgánica; LOPJ.- Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio; LOTJ.- Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo; MF.- Ministerio Fiscal; p.- página; pp.- páginas; S.- sentencia; StPO.- Strafprozesordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana); TC.- Tribunal Constitucional; TEDH.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TS.- Tribunal Supremo; TUE.- Tratado de la Unión Europea (Texto consolidado por el Tratado de Lisboa).

I. *INTRODUCCIÓN. LA JUSTICIA TRADICIONAL EN CRISIS.* – Resulta tópico aludir a la crisis crónica en que permanece sumida la Administración de Justicia como punto de partida de cualquier análisis de este ámbito de poder y de las sucesivas propuestas de reforma encaminadas a resolver este problema. Otro

* Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad de Valladolid.

tanto puede decirse del agotamiento de los Tribunales penales, comparativamente más sobrecargados que el resto¹; con el añadido de encontrarse situados en el foco de atención de los medios de comunicación, cuyo escrutinio casi nunca es favorable.

La paradoja reside en que es relativamente fácil identificar las razones que subyacen en el paulatino deterioro de la Justicia, producto de tres factores íntimamente relacionados:

a. Unos recursos materiales y humanos exiguos para atender a una sociedad altamente litigiosa.

b. La formación inadecuada de los operadores jurídicos y la persistencia de corruptelas procesales que pueden tornar ineficaces algunas medidas dirigidas a revertir esa situación.

c. Una legislación desfasada para hacer frente a los problemas actuales².

En realidad, no podemos hablar de parálisis institucional, pero tampoco de un esfuerzo sostenido y armónico que ponga remedio a tal anormalidad. En los últimos años, en España, hemos sido testigos de diversas intervenciones, de éxito desigual, en un intento de mejorar la eficiencia del modelo (Oficina Judicial³, actualización tecnológica de Juzgados y Tribunales⁴, etc.),

¹ Un buen ejemplo de esta situación que se vive en España: el número de asuntos ingresados por Magistrado/Juez en 2012 perteneciente a la jurisdicción civil fue de 687,8, mientras que en la penal ese número se eleva a 2.342. La jurisdicción social también tiene lo suyo (865,3 asuntos). *La Justicia dato a dato*, Año 2012, CGPJ, 2013 (www.poderjudicial.es).

² De la que es también buen ejemplo la anacrónica Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1881 sobre la que han recaído un sinnúmero de reformas que han terminado por desdibujar su razonable primera redacción.

³ Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴ Intervención conocida como “Proyecto Integral E-Justicia”, producto del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 20 de febrero de 2002, en virtud del cual, y entre otras decisiones, se estipula la constitución del denominado “Punto Neutro Judicial”: una red de comunicaciones interna (*intranet*) que conecta los últimos destinatarios (o generadores) de las informaciones útiles para los Tribunales y determinadas redes asociadas (Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia – País Vasco, Cataluña, Andalucía, etc. – y otros “nodos socios” – Agencia Estatal Tributaria, el Instituto Nacional de Estadística, el Ministerio de Justicia y sus Registros Centrales, etc. –); al mismo tiempo se impulsa la progresiva

siempre pendientes de la definitiva promulgación de un nuevo Código Procesal Penal.

La institución procesal que hoy en día conocemos con debido proceso (*due process of law*) es la culminación de algo que empezaron a vislumbrar los Ilustrados⁵ y en cuya construcción

implantación sistemas informáticos y telemáticos específicos para la gestión integral de los procedimientos judiciales (MINERVA, INTER-IUS) y de comunicación con los operadores jurídicos (LEXNET), a fin de racionalizar las actividades propias de los órganos jurisdiccionales y de sus titulares y funcionarios. Otros aspectos de esta actualización tecnológica son: la grabación audiovisual de las vistas, la videoconferencia, la agenda automatizada de señalamientos, el control telemático de los reclusos, etc. Más ampliamente en mi trabajo "Las reformas tecnológicas esperadas por la Administración de Justicia española. Estado de la cuestión", en AA.VV., *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento* (Coor. por Fernando Galindo Ayuda y Aires José Rober), Zaragoza, 2009.

⁵ Ya un lugar común identificar el derecho al «juicio legal por sus pares y por la ley del país» de la Carta Magna, otorgada por Juan Sin Tierra en 1215 (§ 39, textualmente: «... *No freeman shall be taken or imprisoned or diseased or in any way destroyed, nor will be go upon him, except by the lawful judgment of his peers and by the law of the land*»), como germen del *due process of Law*. Pero, en verdad, son las ideas ilustradas y su reflejo en las revoluciones de finales del siglo XVIII, las que fijan los elementos de lo que se conoce como debido proceso. Esas ideas se proyectarán en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776, la propia Constitución norteamericana de 1787, e, inevitablemente, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; donde se incorporan derechos tales como el de la persona a un juicio justo (Apartado octavo, Enmiendas Quinta, Sexta y Decimocuarta y art. 7, respectivamente). En España los postulados de la Revolución francesa fueron prontamente acogidos, de lo que da constancia la aprobación de la Constitución de Cádiz de 1812, que en su Título V, y bajo la rúbrica "*De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal*" reconoce un haz de garantías tales como el derecho a un juez predeterminado por la ley (art. 247), el sometimiento a la legalidad y la imparcialidad de los tribunales de justicia (art. 279), el derecho a no autoincriminarse (art. 291), a ser informado de la acusación (art. 300); el derecho de defensa (art. 301), la publicidad del proceso (art. 302), entre otras. Desde este Texto Fundamental y hasta la Constitución vigente, cada uno de los cuerpos constitucionales patrios, con excepción del Estatuto Real de 1834, ha contado en su articulado con una expresa mención, sino literal sí en cuanto a su contenido, del derecho a un proceso con todas las garantías. No obstante la enunciación de derechos será menos prolífica que en la de 1812. En este sentido, la Constitución de 1837, en su art. 9, se referirá al juez natural y proceso legal, fórmula que será reiterada en el texto de 1845 (también en el art. 9) y en

nos hemos empeñado con ahínco a lo largo de los últimos 60 años. El resultado, más que satisfactorio, se traduce en un modelo ideal de enjuiciamiento, comprensivo de todo un elenco de garantías para el justiciable cuando acude al amparo de los Tribunales de Justicia, o cuando, por cualquier otro motivo, se ve inmerso en una causa judicial.

Bajo la impronta de su reconocimiento en los Textos Internacionales de Derechos Humanos⁶, el derecho al debido proceso se ha constitucionalizado y se encuentra presente en la práctica totalidad de ordenamientos jurídicos de corte occidental⁷. Por supuesto, el actual debido proceso es comparativamente más complicado, estructuralmente y en orden a su comprensión, pero además resulta mucho más oneroso que su precedente, cuando esas reglas eran inéditas o simplemente ignoradas a pesar de su previsión legal.

Es inevitable que de la mayor complejidad del debido proceso y de su carestía se desprendan algunos efectos no deseados. La interacción del primero de esos factores con una Ley sustantiva igualmente difícil de entender, si no en su contenido⁸, sí en su fundamento⁹, ha devenido en un distanciamiento del ciuda-

la Constitución no promulgada del 56 (art. 10). También: la Constitución de 1873 acogerá el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 8) y el derecho al juez natural y proceso legal (art. 13); las de 1876 y 1931, el derecho al juez natural y proceso legal (arts. 16 y 28, respectivamente).

⁶ Ya sea de carácter global, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (arts. 7 a 11) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (art. 14); o regional, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (art. 6); el Tratado de la Unión Europea (art. 6 en relación con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (arts. II, XVIII, XXIV, XXV y XXVI) o la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (arts. 4 a 10, 25 y 27).

⁷ A modo de ejemplo, amén del art. 24 CE, el 111 de la CI; 19.4, 101, 103 y 104 Ley Fundamental de Bonn; etc.

⁸ A veces por la falta de precisión legislativa de la propia norma, infringiendo el principio de legalidad. Al respecto véase F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009.

⁹ A lo que sin duda contribuye la habitual omisión por parte del Legislador de justificar debidamente sus iniciativas, exigencia de motivación de la labor

dano, para quien se ha tornado exageradamente penoso discernir cuáles son las posibilidades reales de que sus pretensiones sean atendidas e, incluso en ocasiones, las razones de su estimación o desestimación por los Tribunales. El ciudadano contempla la Administración de Justicia como una dimensión ajena a él, cuando es su propia hacienda o, lo que es peor, su libertad lo que puede estar en juego. Sobre esa percepción también incide una exasperante lentitud en la impartición de Justicia, estrechamente unida a los factores antes relacionados. La brecha que se abre entre este servicio público y sus destinatarios hace que para un particular la necesidad de acudir a los tribunales se asuma con resignación, a la vez que con temor y desconfianza. A esa creciente complejidad técnica de la Ley y del proceso, a la dilación de las soluciones, se une la oscuridad en que se mueve el mundo jurídico, en general, y el procesal, en particular, con todo su ritualismo, su arcaico y rebuscado lenguaje, y unas tácticas de confrontación cuya intuición requiere una formación especializada.

Ese estado de alineación se nutre en buena medida de la carencia de unos conocimientos jurídicos básicos entre los legos y a él contribuye la actitud acomodaticia de unos operadores jurídicos perfectamente conscientes de esa anomalía, que hacen muy poco, o nada, para revertir la situación¹⁰. De facto, los profesionales se han apropiado de la Justicia, que en sus manos se ha convertido en una superestructura social donde el acceso y la palabra del particular no cualificado se permite sólo porque es presupuesto de su existencia y cuando los profesionales lo estiman imprescindible para la defensa de “sus tesis”. Todo ello coadyuva a que la valoración social de la Justicia y quienes la administran sea mayoritariamente negativa.

La referencia a la creciente carestía del proceso no es ociosa, porque no podemos desdeñar la incidencia del factor económico en todas las políticas públicas, y la “Justicia”, a pesar de su representación con mayúsculas, es una de ellas. La experiencia

legislativa que viene siendo reclamada por la doctrina especializada. *Ibidem*, pp. 9 ss.

¹⁰ Sin perjuicio de reconocer el esfuerzo del CGPJ para dar a conocer la realidad de la Justicia española a través de distintos programas.

nos enseña que el argumento pecuniario se erige como uno de los factores más relevantes en la determinación por el Estado de los posibles cursos de acción política. La clave radica en encontrar el justo equilibrio entre el carácter limitado de los recursos disponibles y la inmensidad de las necesidades que han de ser satisfechas, por utilizar la conocida máxima económica¹¹. No obstante y utilizando la célebre disyuntiva entre cañones y mantequilla con que Paul A. Samuelson explicaba la idea del coste de oportunidad, la conclusión no puede ser sino que por lo general, y en España, en particular, se ha venido relegando la opción Justicia en pro de otras alternativas consideradas más atractivas, ante todo electoralmente. Para más, este factor, que suele soslayarse en momentos de efervescencia garantista (y ciclos económicos expansivos), ha cobrado una importancia cardinal en el presente contexto de recesión, cuando además la necesidad de recursos se mantiene al tener que soportar una muy elevada tasa de litigiosidad¹².

Pero esas reflexiones no ponen en entredicho el proceso, genéricamente considerado, como método de resolución de controversias, y, aún menos, el debido proceso, al cual no podemos hacer responsable del progresivo deterioro de la Justicia, atribuible a las deficiencias que identificamos más arriba. El debido proceso requiere tanto una Justicia legal, orgánica y funcionalmente preparada, como una infraestructura que contribuya a su pleno y efectivo desarrollo¹³, y ninguna de las condiciones se cumplen. Ni la conducta del Legislador ha sido la debida, ni los medios empleados los necesarios.

Resulta oportuno hablar de “persecución”, o cuando menos, “huida” del proceso, pues si algo caracteriza la actuación legis-

¹¹ El presupuesto dedicado a Justicia ha evolucionado favorablemente con crecimientos constantes en los últimos 10 años, con mínimos de 6,32% en 2003 y máximos de 13,7 % en el 2010.

¹² En España debemos mantener esa alta litigiosidad no puede negarse a pesar del descenso de la tasa entre 2011 (191,6 asuntos por 1000 habitantes) y 2012 (189,9). *La Justicia dato a dato*, cit., p. 107 s.

¹³ Vid. a este respecto la posición de E. PEDRAZ PENALVA, , *Introducción al Derecho Procesal Penal (Acotado al ordenamiento jurídico nicaragüense)*, Managua (Nicaragua), 2002, pp. 410-418 ss.

lativa en los últimos años es la implantación de diversos métodos alternativos al mismo para la resolución de controversias jurídicas (arbitraje, mediación, conformidad, etc.), prácticas cuyo uso se estimula oficialmente restando atractivos al ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por los cauces también constitucionalmente previstos, el debido proceso. Por lo que respecta al orden penal estas iniciativas se articulan en torno a dos propuestas: el principio de oportunidad, como nuevo canon orientativo de actuación de la acusación oficial; y la justicia negociada, como alternativa a la que podemos denominar justicia ordinaria.

Las anteriores inventivas se combinan con una redistribución de los papeles protagonistas en el proceso. Así, de un tiempo a esta parte, asistimos a una potenciación de las facultades de la policía judicial, que asumen competencias complejas y determinantes del posterior devenir de las causas¹⁴. Aunque la verdadera gran reforma gira en torno al Ministerio Público, a quien se concede el papel de protagonista principal del proceso penal en su posición de director de las investigaciones y depositario de la decisión de perseguir el delito según criterios discrecionales¹⁵.

En suma: persecución selectiva de los ilícitos por el Ministerio Público (oportunidad) unida, no por casualidad, con el reconocimiento a los sujetos contendientes en el proceso penal de la facultad de disponer sobre la incoación o continuación del proceso penal de forma consensuada y vinculante para el Juzgador (justicia negociada).

Los efectos que algunas de estas novedades ya implementadas¹⁶ han tenido sobre los problemas estructurales de la Admi-

¹⁴ E. PEDRAZ PENALVA, *Notas sobre policía y justicia penal*, en «Revista Jurídica de Castilla y León», núm. monográfico 14 (Sobre la reforma de la Justicia penal), pp. 15 ss.

¹⁵ Sobre esta cuestión ya nos manifestamos en “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al ministerio fiscal”, en «Revista Jurídica de Castilla y León», núm. monográfico 14 (*Sobre la reforma de la Justicia penal*).

¹⁶ En España, la última gran reforma procesal penal, producto de sendas Leyes, la Ordinaria 38/2002 y la Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre supuso un paso definitivo en la consolidación de un modelo que opta por la

nistración de la Justicia son difíciles de cuantificar, aunque resulta evidente que han supuesto un ahorro notable de los recursos públicos destinados a esta materia, meramente porque las causas se resuelven al margen del sistema ordinario. Comprensiblemente, estas reformas no se han intentado justificar exclusivamente en términos de rentabilidad económica. En el apartado siguiente analizaremos las mismas.

II. “JUSTICIA RESTAURATIVA” V. “JUSTICIA TRADICIONAL”. – La mediación, encuadrada dentro de la categoría jurídica conocida como *Alternative Dispute Resolution Systems*, constituye una manifestación más de la justicia negociada, puesto que se deja en manos de los sujetos implicados la resolución de controversias jurídicas; aunque, en esta modalidad, con la intervención de un tercero sin facultades decisoras, el mediador, cuya tarea es la de coadyuvar con los sujetos en la consecución de un acuerdo satisfactorio que ponga fin al “conflicto”. Como mecanismo extraño a la Justicia tradicional y a otros mecanismos de consenso, la tarea de mediador puede estar desempeñada por un sujeto privado al margen de las instituciones oficiales.

En consonancia con la clase de principios que rigen el proceso en cada orden jurisdiccional es en el civil donde la mediación ha obtenido una más consensuada acogida entre los teóricos, que no más amplia en la práctica si atendemos al volumen de asuntos concluidos con acuerdo¹⁷. Pero la mediación civil no centrará nuestro estudio sino la que con el apoyo institucional correspondiente está comenzando a proliferar en el ámbito jurídico menos propenso al establecimiento de soluciones consensuadas, como es el orden jurisdiccional penal.

En esta rama del ordenamiento jurídico, la mediación, al igual que otras modalidades heterocompositivas afines, se nos presenta como un instrumento de la denominada “justicia restaurativa”

justicia negociada como modo preferente de resolución de las controversias surgidas en este orden jurisdiccional a través del instituto de la “conformidad” con la pretensión penal.

¹⁷ Según las estadísticas del propio Consejo, en el primer semestre de 2009, los 27 juzgados donde se desarrollaban actividades mediadoras había cerrado 323 expedientes, de los cuales sólo un 15% habían culminado con acuerdo.

(“restorative justice”)¹⁸, movimiento sociopolítico que ve la luz en los incipientes años 70 del siglo pasado, donde confluyen corrientes filosóficas y grupos de opinión de ideología dispar¹⁹. A pesar de su naturaleza heterogénea, estos pensadores comparten el mismo análisis crítico del entramado institucional y, en su seno, de una Administración de la Justicia penal cuyo desprestigio en aquellos días era más que notorio. Se trata de experiencias aisladas, como el denominado “Caso Elvira”, en Kitchener, Ontario (Canadá)²⁰, y otras menos ocasionales, desplegadas en el marco del *Minnesota Restitution Center* o del *Night Prosecution Program* de Columbus, Ohio²¹, algunas de las cuales se consolidaron y han llegado hasta nuestros días, como el *Institute for Mediation and Conflict Resolution, Inc.* (IMCR)²², de Nueva York.

¹⁸ Al inicio, ambos conceptos tendían a confundirse, o como P. McCOLD, *The recent history of restorative justice*, en AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, Nueva York (EE.UU.), 2008, p. 24 s., sostiene: “*In the beginning, mediation was restorative justice, and restorative justice was mediation*”.

¹⁹ En su seno podemos encontrar movimientos indigenistas, religiosos, asociacionistas, de carácter marginal (antisistema, pacifistas, abolicionistas, etc.), entre otros de difícil encuadre. Véase el repaso general que llevan a cabo E. McLAUGHLIN, R. FERGUSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Justice in the round – Contextualizing Restorative Justice*, en AA.VV., *Restorative Justice. Critical Issues*, London (R.U.), 2003, pp. 2-4 ss.

²⁰ Año 1974. Es el germen del movimiento que más adelante fue conocido como *Victim-Offender Reconciliation Program* (VORP), en cuyo marco se sitúa el ensayo realizado en Elkart, Indiana (EE.UU.), por la comunidad religiosa menonita en 1978. Véase P. McCOLD, *The recent history of restorative justice*, cit., pp. 26-27 ss. Muy cercana en el tiempo fue la experiencia restauradora que se desarrolló por el denominado “*The Joint Services Youth Support Team*” en 1979 en la ciudad de Exeter (Gran Bretaña), centrada en menores delincuentes; prolegómeno de los programas que más tarde y todavía de modo incipiente se desarrollarían en Northamptonshire y Sandwell. Véase A. MONTESINOS GARCÍA, *La mediación penal en Inglaterra y Gales*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, pp. 90-91 ss.

²¹ Año 1971. En ambas experiencias se utiliza la mediación penal para desviar (“*to divert*”) asuntos penales de vía institucional ordinaria. Véase P. McCOLD, *The recent history of restorative justice*, cit., p. 24 s.

²² Año 1969. Con el apoyo económico de la Fundación Ford viene desarrollando actividades de mediación en conflictos comunitarios y formando personal especializado, y siguen prestando estos servicios en Nueva York (<http://>

En este discurso reformador subyace un sentimiento de frustración perfectamente comprobable en los medios informativos del momento. Los precursores del movimiento se hacen eco de ese desencanto, focalizando su crítica en la creciente burocratización de la Justicia, en su aparatoso formalismo y nula eficiencia, y en el consiguiente derroche económico que supone el mantenimiento de unas estructuras inútiles; pero, por encima de todo, inciden en su alejamiento del ciudadano y de la comunidad a la que supuestamente sirve. Una visión general tan negativa como profunda es la convicción de que es necesario un cambio radical de los principios dominantes en la Justicia penal, lo que conlleva un replanteamiento de sus bases y presupuestos conceptuales y el establecimiento de nuevas fórmulas que reemplacen los anquilosados procedimientos vigentes en aquel tiempo²³.

Sin embargo, sus valedores ni pretenden subvertir el orden institucional, privando al Estado de la función jurisdiccional, ni se oponen necesariamente al modelo retributivo, por cuanto no excluyen tajantemente la imposición de una pena como medida correctora frente al delito; aunque sí cuestionan la política criminal tradicional, y, según aseveran, su confianza ciega en la represión como mecanismo de pacificación social²⁴. Sus críticas pueden resumirse como sigue:

1. Las políticas meramente represoras no son capaces de alcanzar los fines que le son propios, la rehabilitación y la reinser-

/www.imcr.org). Véase su evolución en P. McCOLD, *The recent history of restorative justice*, cit., p. 24 s.

²³ Este movimiento no centra su atención exclusivamente en el ámbito de la Justicia, sino que pretende influir sobre todas y cada una de las dimensiones de la vida social. En general sobre los presupuestos fundacionales de la "Restorative Justice" veáanse, entre otros: N. CHRISTIE, *Conflicts as property*, en *British Journal of Criminology*, 1972, reproducido en *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., pp. 21- 30 ss; L.F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, cit., pp. 39-45 ss; D. SULLIVAN, L. TIFFT, *Introduction: The healing dimension of Restorative justice*, en Aa.Vv., *Handbook of Restorative Justice*, Nueva York (EE.UU.), 2008, pp. 1-16 ss.; H. ZEHR, *The little book of Restorative Justice*, Intercourse, Pennsylvania (EE.UU.), 2002, pp. 3-41 ss.

²⁴ Sin perjuicio de posiciones más radicales (y maniqueas), como las que evidencia K. DALY, *Restorative Justice: The real story*, en *Restorative Justice. Critical Issues*, London, 2003, pp. 197-200 ss.

ción social del delincuente. Antes al contrario, contribuyen activamente a su estigmatización y a la profundización de sus tendencias criminógenas²⁵.

2. La maquinaria legal diseñada para combatir la delincuencia es producto de una concepción individualista de la responsabilidad claramente errónea, pues tiende a obviar la incidencia que sobre el infractor tienen otros factores, ya fueran exógenos, socio-económicos o ambientales, ya endógenos o psicológicos²⁶.
3. La víctima sufre una desatención institucional deplorable a nivel de información y conocimiento, pero también, y ahí reside gran parte de la innovación que propone este movimiento, a nivel emocional. Tan importante como recomponer la paz social es lograr la reconciliación personal y social de la víctima, su percepción de haber sido tratada justamente.

Situado el problema en esos términos y como advertíamos más arriba, es menester una nueva prelación de intereses en la Justicia penal: se deben restablecer las normas de convivencia, desde luego; pero, ante todo, se ha de reparar el daño concreto causado por el delito y tratar particularmente sus causas. Algunas de las reivindicaciones de este movimiento crítico son perfectamente aceptables, y, de hecho, han ilustrado los cambios acaecidos en el ámbito de la Justicia penal en los últimos años. Sin embargo, el desarrollo ulterior de estas tesis no resulta tan convincente.

El nuevo enfoque se articula sobre los siguientes postulados:

1. La Justicia penal no debe orientarse teleológicamente a que el delincuente “tenga lo que se merece” (*“offenders getting what they deserve”*), sino a la satisfacción de las necesidades de los implicados²⁷. Ello no supone un rediseño de la Justicia penal sino, más bien, el restablecimiento de instituciones que ya estaban presentes en las sociedades históricas primitivas y se perduran en algunas de las actuales²⁸.

²⁵ L.F. GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, pp. 112-117 ss.

²⁶ *Ibidem*, pp. 43-44 ss.

²⁷ ZEHR, *The little book of...*, cit., pp. 19-22 ss.

²⁸ Aluden, básicamente, a grupos indígenas que conservan mecanismos tradicionales de resolución de conflictos como los Maorís, en Nueva Zelanda,

2. Para ello, la Justicia criminal ha de redimir a quienes, a pesar de encarnar intereses legítimos (“*stakeholders*”), han sido tradicionalmente excluidos por el sistema, en particular, la víctima o la propia comunidad en que se inserta. La recuperación del protagonismo del ofendido se construye sobre tres pilares: información, participación y reparación. La víctima es acreedora de una información veraz y comprensible de las actuaciones que se siguen en “su caso”. Además debe ser oída, pero no en un sentido meramente formal, sino que tiene el “derecho a contar su historia”, y a que “sus opiniones” sean tenidas en cuenta en la decisión final que se adopte. Y, lo que es más importante, merece que se le brinde la oportunidad de recuperar el control sobre su propia vida, para lo cual es fundamental que se repare hasta donde sea posible el mal que se le ha irrogado²⁹. Se aboga pues por reforzar la presencia activa del perjudicado en la Administración de la Justicia en pro de facilitar su completo resarcimiento, tanto desde una perspectiva moral como material, acción que condensa la muy gráfica expresión anglosajona “*putting righth*”; y, cuando no sea posible, que se adopten medidas paliativas de ese agravio. Inevitablemente, esta vía introduce notables dosis de subjetivismo en la aplicación de la Ley.
3. La comunidad directamente afectada por el ilícito se sitúa en un segundo nivel de victimización, aunque su posición sea ambivalente habida cuenta de que si como perjudicado tiene carencias que colmar, también asume responsabilidades para con el ofendido, el delincuente y con sus propios miem-

los nativos norteamericanos, de la Primera Nación o el Pueblo Navajo, y ciertas tribus africanas. Al respecto pueden consultarse trabajos como los de J. TAURI y A. MORRIS, *Re-forming Justice: The potencial of Maori Processes*, en *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., pp. 44-53 ss.; J.W. ZION y R. YAZZIE, *Navajo peacemaking: original dispute resolution and a life way*, en AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, cit., pp. 151-160 ss.; D.J. LONW, *The African concept of ubuntu and Restorative Justice*, en AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, cit., pp. 161-173 ss. No obstante, esa fundamentación histórica y vinculación indigenista es criticada por DALY, *Restorative Justice: The real story*, cit., pp. 200-202 ss., para quien semejantes teorías constituyen meramente un vano, selectivo e interesado intento de construir una base plausible para justificar su desarrollo por oposición a la justicia tradicional.

²⁹ ZEHR, *The little book of...*, cit., pp. 14-15 ss.

bros³⁰. Este razonamiento se construye sobre uno de los principios menos discutidos en el seno de esta corriente de opinión, la idea de “interconexión” (“*inter-connectedness*”): todos estamos ligados en una trama social en la que asumimos derechos y obligaciones recíprocos. El crimen representa una ruptura de esos lazos que debe restañarse, y en esta tarea no sólo deben involucrarse los sujetos directamente implicados, víctima y victimario, sino también al resto de los miembros de la comunidad. Un elevado grado de compromiso comunitario en el proceso de reparación permitirá al grupo redefinir y seleccionar cuáles son los comportamientos antisociales a los que debe prestar mayor atención, así como impulsar los cambios estructurales, culturales y sociales, que fueran necesarios para prevenir males futuros³¹. La consecuencia más evidente de semejante orientación es el predominio del localismo geográfico o la particular idiosincrasia del grupo frente a la generalidad en la resolución de las controversias.

4. Para la consecución de ese objetivo de restauración, no basta con afianzar la posición de la víctima o la contribución de la comunidad donde se integra, se requiere también la implicación responsable del infractor, ahora identificado como una de las partes del “conflicto”; quien, además, tiene sus propias urgencias que suplir. El delincuente debe asumir su responsabilidad por el hecho y a ese fin ha de disponer de una información real acerca del caso, que le permita comprender enteramente las nefastas consecuencias de su comportamiento. Esa intermediación con el mal causado tendrá efectos terapéuticos, pues de ella emergerá un sentimiento de empatía

³⁰ ZEHR, *The little book of...*, op. cit, pp. 17-18 ss. Donde sí existen discrepancias es acerca del concepto de “comunidad afectada”, aunque domine una postura tendente a identificarla con la micro-comunidad geográfica o de relaciones (“*community of place or relationships*”). Ibidem, pp. 27-28 ss.

³¹ Estas nuevas teorías, englobadas bajo el título “justicia comunitaria”, acentúan aún más la importancia de la comunidad entendida como barrio o, según los casos, localidad en el tratamiento de la delincuencia, estructurando todos los servicios públicos, tales como la policía, los tribunales e, incluso, el sistema penitenciario sobre esa base. Véase D.R. KARP y T.R. CLEAR, *Justicia comunitaria: marco conceptual*, en AA.VV. *Justicia penal del Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Granada, 2006, pp. 223-274 ss.

hacia la víctima sobre el que construir un nuevo futuro en sus relaciones mutuas y con el resto de los miembros de la comunidad. Esta última, por su parte, y el propio agraviado en la medida que sea posible, han de colaborar en esa labor de superación personal, corrigiendo las causas que han podido incidir en la conducta del victimario y brindándole una nueva oportunidad de integración. Las teorías restaurativas pretenden, pues, apuntalar la vertiente preventiva-especial de la represión penal, esto es, la responsabilidad ética del infractor por el daño causado y su reinserción social. Sin embargo, se aduce, este modelo no tiene como objetivo principal el perdón y la reconciliación, ni tampoco reducir la reincidencia, aunque pueda contribuir a su consecución.

Materialmente, la idea de “conflicto” y el desplazamiento del Estado desde su posición como único legitimado para intervenir en esa contienda centran el cambio conceptual que supone la denominada “justicia restaurativa”. Se opta pues por sustituir vocablos más tendenciosos, como “contravención”, “infracción” o “trasgresión”, por el más neutro “conflicto”, que denota, al contrario de los primeros, la existencia de un desacuerdo o una discrepancia que requiere su composición. Por su parte, el Estado, que según afirman había suplantado históricamente a la víctima como una de las partes en ese “conflicto” de modo ineficiente para los intereses de la primera, pasa a un segundo plano³². El supuesto “conflicto público” a que da lugar la ruptura por el delincuente de las normas de convivencia se transforma en un “conflicto cuasiprivado”, donde las estructuras oficiales pierde su posición monopolizadora en el ejercicio del *ius puniendi*, y son sustituidas por la acción coordinada de la propia víctima, el causante de ese daño y la comunidad a la que pertenecen. Su impli-

³² De ahí que, para algunos autores, la “Justicia Restaurativa” se representa como una forma de rebelión contra el Estado. Vid. SULLIVAN y TIFFT, *Introduction: The healing dimension of Restorative justice*, cit., pp. 5-6 s. Sin perjuicio de estas opiniones, es evidente que el monopolio de la Justicia por el Estado y su consecuente desapoderamiento al individuo fue uno de los elementos decisivos de su formación (Estado absoluto), en todo caso imprescindible para sustituir la autodefensa y así la “justicia particular”. Vid. PEDRAZ PENALVA, *Sobre el «Poder» judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en Constitución, Jurisdicción y Proceso, Madrid, 1990, pp. 145 ss.

cación diversa en el injusto y las diferentes perspectivas que representan les permitirá descubrir cuáles son las medidas más adecuadas para revertir la situación y alcanzar una solución superadora del conflicto aceptable para todos. Ahora bien, como ya veremos, el grado de implicación de la comunidad diferirá según el modelo restaurativo en que nos situemos, sea meramente propiciatoria de estas soluciones, o intervenga directamente a través de cualquiera de sus miembros en ese proceso.

III. *EL MÉTODO RESTAURATIVO Y LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL*. – A pesar de que no existe unanimidad entre la literatura especializada acerca de qué se ha de entender por justicia restaurativa³³ y, por ende, qué actuaciones caen dentro de su órbita, podemos caracterizar esta fórmula alternativa para la resolución de asuntos penales de forma un tanto inconcreta por la intervención coordinada en el procedimiento de adjudicación de los sujetos involucrados directamente en el hecho punible y, eventualmente del grupo en que se integran, con facultades decisorias en orden a la identificación y tratamiento de sus causas, así como de los daños ocasionados, con el objeto de restablecer la situación personal y social perturbada.

Si la solución del conflicto pasa porque el victimario conozca y asimile la naturaleza y la gravedad de las ofensas provocadas, nada más adecuado que recurrir a quien ha padecido las consecuencias de su conducta, la propia víctima. El encuentro entre víctima y agresor constituye el primer paso hacia la restauración. Esta fase se conoce como “momento o proceso comunicativo”: un espacio de diálogo víctima-victimario, donde cada uno expondrá abiertamente a la otra parte cuáles son sus necesidades³⁴. Puesto que no siempre es viable una concurrencia física, “cara a cara”, se admiten vías subsidiarias para canalizar esa información, que hoy comportan casi siempre el uso de algún dispositivo técnico (videoconferencia o videograbación, preferentemente), aunque no se excluye el uso de repre-

³³ DALY, *The limits of restorative justice*, cit., pp. 135 -136 s.

³⁴ I.J. SUBIJANA ZUNUNEGUI, *Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia Restaurativa, en Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, p. 237 s.

sentantes³⁵. Especial hincapié se hace en que ese encuentro tenga carácter voluntario y que vaya precedido del reconocimiento por el infractor de una cuota mínima de responsabilidad en lo sucedido. Normalmente, la reunión no se celebrará si el presunto delincuente niega esa responsabilidad en términos absolutos.

El modelo restaurativo se asienta sobre tres pilares: el diálogo, la noción de partes y su participación, y la conclusión de acuerdos³⁶. El diálogo ha de permitir a la víctima expresar sus sentimientos al infractor y a este último tomar conciencia del daño causado. Ese encuentro tendrá efectos curativos sobre la víctima y catárticos sobre el victimario, en orden, precisamente, a la asunción de culpas por el hecho cometido. A su vez, el victimario, revelará al agredido las razones de su actuación. La participación de miembros de las familias a las que ambos pertenecen o de la comunidad en que se insertan acrecentarán los logros de la entrevista. Finalmente, el acuerdo debe satisfacer tanto emocional como materialmente a la víctima³⁷.

El diálogo y el eventual acuerdo versarán exclusivamente sobre las medidas que se consideran procedentes; en ningún caso se discutirá la realidad de los hechos, ya reconocidos por el ofensor. La cuestión a dilucidar no es si el crimen ocurrió o no, o la participación del supuesto autor, sino: ¿qué debe hacerse? y ¿cuál ha de ser la respuesta más adecuada a la luz de las manifestaciones de todos los sujetos implicados³⁸? Es la fase o momento “resolutivo y constructivo”, que permitirá la adopción de

³⁵ La delegación se efectúa en familiares o amigos, caracterizados con “víctimas subrogatorias”.

³⁶ Ibidem, p. 60-69 s. Y así la define como “*un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y tratar sus implicaciones de futuro*” (Ibidem, pp. 60 s.).

³⁷ Estudios recientes han detectado un desplazamiento del foco de atención primario hacia el delincuente en detrimento de la víctima. Véase la información que al respecto proporciona J.P.J. DUSSICH, “Asistencia, recuperación y restauración de las víctimas”, en *Justicia restaurativa y victimal* (http://www.ehu.es/p200-content/es/contenidos/informacion/eguzkilore_26/es_eguzki26/adjuntos/02-Dussich_Eg26.pdf).

³⁸ Precisamente DALY, *The limits of Restorative Justice*, cit., pp. 135-137 ss., identifica este aspecto como uno de los elementos nucleares de la justicia restaurativa.

una decisión capaz de reparar el tejido humano y social lacera-
do por el delito³⁹. Para sus defensores una de las ventajas más
sobresalientes de esta vía alternativa es que el abanico de solu-
ciones posibles es ilimitado, al depender exclusivamente de las
necesidades que hayan de ser suplidas a tenor de lo revelado
por los sujetos intervinientes en la conferencia.

Las prácticas restaurativas pueden clasificarse con arreglo a
diversos criterios, el primero de los cuales atiende a los sujetos
que están llamados a participar en los “encuentros” dando cuer-
po a tres modalidades distintas, que, no obstante, pueden apa-
recer entremezcladas: mediación (*victim-offender mediation*),
conferencias de familia (*family conferences*) y círculos (*circles*).
La “mediación” implica la concurrencia de víctima y victimario
quienes tratarán de alcanzar un acuerdo con la ayuda de un
mediador. La labor del mediador es fundamentalmente compo-
sitiva en orden a la búsqueda de una solución aceptable para
ambas partes, pero ni impone ni decide⁴⁰. Es la más común de
estas representaciones. En las “conferencias” se incorporan fa-
miliares de ambos aportando ideas al mismo fin, con el efecto
de que se amplíe ocasionalmente el objeto del acuerdo, así
como los sujetos comprometidos. Y, finalmente, los “círculos”,
abiertos a la participación de cualquier miembro de la comuni-
dad que desee implicarse en la búsqueda de una solución váli-
da no sólo para los directamente involucrados en los hechos
sino para el grupo social en su conjunto. El proceso de oficiali-
zación de estas fórmulas elementales ha llevado a la agregación
también de fiscales, agentes policiales o trabajadores sociales,
entre otros funcionarios. La mayor o menor sujeción a la Ley de
los acuerdos restauradores, la normativización del procedi-
miento, su relación con el proceso penal ordinario o, en su
caso, la intervención judicial⁴¹, califican todas las variantes po-
sibles que puede darse en la práctica forense.

³⁹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *Las víctimas en el sistema penal...*, cit., p. 237 s.

⁴⁰ Es esencial en la tarea del mediador el dominio de determinadas técnicas
para propiciar el acuerdo entre los contrarios. La activa participación del
juez en convenir a los contendientes nos conduciría a la vieja conciliación
presente en los arts. 460 ss. de la LEC de 1881.

⁴¹ Básicamente, homologadora de lo convenido.

A nivel internacional, las políticas restaurativas se insertan en el marco más general que supone el movimiento victimológico⁴². Entre los Estados más favorables a la implementación de tales estrategias se observa una marcada tendencia a la reglamentación de las prácticas mediadoras de modo uniforme en cada uno de ellos, evitando la dispersión normativa sobre base local o incluso la desregulación que caracterizaba estas actuaciones en origen⁴³. El ámbito objetivo de la mediación ha veni-

⁴² Véase M. CARMONA RUANO, *Propuestas internacionales de reforma del proceso penal*, «Revista Poder Judicial», núm. especial XIX, 2006, pp. 9-24 ss, quien sistematiza los documentos de apoyo a la víctima y relativos al establecimiento de medidas restauradoras generados en el seno de las Naciones Unidas, Consejo de Europa y Unión Europea.

⁴³ Paradigma de esta evolución son los EE.UU. de Norteamérica, y la promulgación en 2001 la “Ley Uniforme de Mediación”, donde se enuncian los principios generales que rigen esta materia, dejando a los Estados plena libertad para adaptarlos a su propia legislación. Esta Ley modelo ha sido ya acogida por Nebraska, Nueva Jersey, Illinois y Ohio. También los Países Escandinavos, a pesar de que la mediación tenía, tiempo ha, gran difusión: Finlandia, donde la mediación penal no se institucionaliza hasta el 2006 de mano de la “Ley de mediación en casos penales y algunos casos civiles”; Suecia, con la “Ley de mediación en asuntos penales” de 2002; o Noruega, a través de la “Ley del Servicio Nacional de Mediación” de 1991. Otro tanto ha ocurrido en Canadá, donde la mediación para adultos se regula en las secciones 716 ss. del “Código Penal” y sección 4 de la “Ley de justicia penal para jóvenes”; Nueva Zelanda, con la “Ley de Justicia Penal” de 1985 (secciones 12 y ss.) y la “Ley sobre niños, jóvenes y sus familias” de 1989 (secciones 208, 251, 264, etc.); Francia, con la “Ley núm. 93-2, de 4 de enero, de 1993, de reforma del proceso penal”; Alemania, con las reformas operadas durante los años 90 en los arts. 45.2 y 3 del “Código Penal de menores”, y 153(a).1, 1 y 5 de la “Ordenanza Procesal Penal”, así como con el resto de modificaciones que alcanzaron a las normas sustantivas penales; Portugal, con la “Ley núm. 21/2007, de 12 de junio”; Italia, con el Decreto Legislativo 274/2000, sobre los Jueces de Paz y las posibilidades mediadoras en infracciones menores, y el Decreto del Presidente de la República 448/1988, que introduce nuevas disposiciones propiciatorias de la mediación en la Justicia de menores; y otros muchos otros ordenamientos jurídicos. Por el contrario, en Inglaterra y Gales, así como en Escocia, tan sólo la mediación penal en el marco de la justicia de menores se encuentra debidamente reglamentada, respectivamente por la “Ley de delitos y desórdenes” de 1998 y, particularmente, la “Ley de justicia de menores y prueba penal” de 1999, para Inglaterra y Gales; y la “Ley de bienestar infantil” de 1995, en Escocia. Para A. MONTESINOS GARCÍA, *La mediación penal en Inglaterra y Gales*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos*, cit., p. 94 s., esa desregulación a pesar de di-

do evolucionando desde su inicial acotamiento a las faltas o los delitos menores (de “bagatela”), con eventuales ensayos en injustos más graves, a su generalización a toda clase de infracciones. El mismo proceso ha experimentado el ámbito subjetivo de aplicación, en principio restringido a la justicia juvenil para después expandirse a los adultos⁴⁴. Atendiendo a la vertiente

ficultar su desarrollo, ha favorecido el surgimiento de una amplia variedad de mecanismos de mediación. En Irlanda del Norte, aunque existen algunas experiencias piloto esta materia está desregulada. *Ibidem*, pp. 119-120 ss. Tanto GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa...*, cit., pp. 261 ss.; como en la Obra Colectiva dirigida por S. BARONA VILAR, *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009; o J. VERGÉ GRAU, *Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal*, en «Revista Poder Judicial», núm. especial XIX, 2006, pp. 128 ss., se ofrece un panorama general de la regulación comparada vigente.

⁴⁴ Es la situación predicable tanto de EE.UU (A. BELTRÀN MONTOLIU, *Modelo de mediación en los Estados Unidos de América*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos*, cit., pp. 69-74 s.); como de Inglaterra y Gales (MONTESINOS GARCÍA, *La mediación penal en Inglaterra y Gales*, cit., p. 96 s.); y de los Países Escandinavos, como Finlandia, Suecia, Noruega y Dinamarca (L. ERVO, *La conciliación en materia penal en los Países Escandinavos*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos*, cit., pp. 125-178 ss). En Francia viene constreñida a los delitos menores (J. F. ETXEBERRIA GURIDI, *El modelo francés de mediación penal*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos*, cit., pp. 200-201-213-217 ss.; VERGÉ GRAU, *Una modalidad alternativa...*, cit., p. 132 s.), como en Bélgica (VERGÉ GRAU, *Una modalidad ALTERNATIVA...*, cit., p. 133 s.). En Alemania, aunque como principio general no existen exclusiones expresas, los Estados federados suelen incluir listas de infracciones que no pueden ser desviadas hacia la mediación (S. BARONA VILAR, *Situación de la Justicia Restaurativa y la mediación penal en Alemania*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos*, cit., pp. 266-267ss.; VERGÉ GRAU, *Una modalidad alternativa...*, cit., pp. 133-135 ss.). En Portugal también se opta por un régimen selectivo que determina la exclusión de los denominados delitos públicos, así como de otras infracciones por razones personales o materiales (A. LAMAS LEITE, *El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos*, cit., pp. 303-311 ss.; más ampliamente en *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?. Análise crítica da lei n.º 21/2007, de 12 de junho*, Coimbra, 2008, pp. 35 ss.). En Italia, su limitada experiencia mediadora se centra en la Justicia de menores (arts. 9 y 28 DPR 448/1988) y en relación con los adultos en infracciones de bagatela, dentro del ámbito competencial de los Jueces de Paz (arts. 2 y 29.4 DL 174/2000). Aunque, de hecho, ciertos estudios evidencian que la mediación lejos de universalizarse ha limitado su ámbito de aplicación a delitos contra la propiedad, cometidos

procesal, los modelos de mediación son diversos, articulándose bien como una vía alternativa y previa al proceso ordinario, antes de la formulación de los cargos contra el acusado, cuyos efectos se manifiestan en la continuación o suspensión del enjuiciamiento⁴⁵; bien con carácter incidental en cualquier momento o estado de la causa⁴⁶, incluida la fase de ejecución de la condena⁴⁷, con las consecuencias generales relatadas o singulares sobre un determinado aspecto de procedimiento.

La experiencia "restaurativa" en España es bastante reciente y limitada, al concentrarse fundamentalmente en la justicia de menores⁴⁸. Convenimos en que por la naturaleza y fines que rigen en ese ámbito particular de la justicia, el dedicado a los menores, las "recetas restaurativas", en cualquiera de sus modalidades, puede cumplir una función complementaria y plenamente satisfactoria. Pero esas mismas particularidades, que ale-

por delinquentes primarios, y a jóvenes infractores, manifestándose especialmente discriminatoria con las minorías. E. WEINTEKAMP, *Can restitution serve as a reasonable alternative to imprisonment? An assessment of the situation in the USA*, en AA.VV., *Restorative Justice on trial, pitfalls and potentials of victim-offender mediation*, Boston, 1993, pp. 81-103 ss.

⁴⁵ Como en Francia (J. F. ETXEBERRIA GURIDI, *El modelo francés de mediación penal*, cit., pp. 193-198 ss.), Portugal (LAMAS LEITE, *El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado*, cit., pp. 311-312 ss.; y en *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, cit., pp. 48 ss.). Aunque en los Países Escandinavos la conclusión de un acuerdo reparatorio y su cumplimiento no implica necesariamente el archivo de las actuaciones judiciales (ERVO, *La conciliación en materia penal en los Países Escandinavos*, cit., pp. 134-146 s.).

⁴⁶ Predicable de Inglaterra y Gales mediante la emisión de una *Referral Order* por el Tribunal de menores (MONTESINOS GARCÍA, *La mediación penal en Inglaterra y Gales*, cit., pp. 110-111 s.); los Países Escandinavos, como Finlandia (ERVO, *La conciliación en materia penal en los Países Escandinavos*, cit., pp. 136-141 ss.) o Suecia (Ibidem., pp. 144-148 ss.); o Alemania (BARONA VILAR, *Situación de la Justicia Restaurativa y la mediación penal en Alemania*, cit., p. 268 s.).

⁴⁷ Todas estas modalidades se manifiestan en el modelo norteamericano. Véase BELTRÁN MONTOLIÚ, *Modelo de mediación en los Estados Unidos de América*, cit., pp. 76-79 ss.

⁴⁸ A pesar de la admonición contenida en la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI). Véanse los arts. 10 y 17 de la Decisión marco.

jan la justicia juvenil de la justicia para adultos, impiden la transposición de sus resultados y su valoración con pretensiones generalizadoras en orden a la futura expansión de esta alternativa al ámbito de la justicia penal ordinaria⁴⁹.

Tras su incipiente y parcial reglamentación en la Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores⁵⁰, el paso definitivo se produce con Ley 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, Texto Legal que, literalmente “*en aras del principio de intervención mínima... (y) de los criterios educativos y resocializadores*” que presiden esta normativa, identifica dos vías “restaurativas”: la conciliación entre el menor y la víctima y la reparación del daño causado⁵¹. Según dispone la Ley, la conciliación comporta el reconocimiento de los daños por el menor, la presentación de disculpas a la víctima y su aceptación por esta última (art. 19.2). Mientras que la reparación exige del menor el compromiso de realizar determinadas actuaciones en beneficio de la víctima, de los perjudicados o de la propia comunidad y su efectivo cumplimiento (art. 19.2). Nada se dice expresamente acerca de motivo de distinguir entre ambas soluciones, lo que se brinda a interpretaciones diversas. La primera de estas interpretaciones, que atendiendo al aparente escalonamiento existente entre la mera satisfacción moral que comporta la conciliación y la mayor severidad de reparación, la adecuación de la medida vendría determinada por la propia gravedad de los hechos. La segunda, acaso la más acertada, que, toda vez que la solución que se adopte será consensuada por los interesados, éstos tendrán plena libertad para optar por una u otra según lo estimen oportuno.

En la Justicia penal para adultos se han desarrollado algunas experiencias piloto de carácter para-judicial, marcadas por la mencionada carencia de sustento legal. *A priori*, esta última cir-

⁴⁹ Reservas que también formula F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010, pp. 394-395 s.

⁵⁰ Reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores (Vigente hasta el 13 de enero de 2001).

⁵¹ Véase Exposición de Motivos, § II.13. La Ley de 2000 contempla otro supuesto de archivo del expediente cual es el compromiso del menor de cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico (art. 19.1.1, *in fine*).

cunstancia sitúa semejante prácticas en el plano de la ilegalidad, que no en la alegalidad, pues infringen los principios de legalidad y oficialidad de la acción penal, nucleares en este orden jurisdiccional. Ciertamente y con la única excepción de los casos de violencia de género⁵², la mediación no está prohibida en España, pero este argumento no puede tornarse en permisividad toda vez que comporta el desconocimiento de deberes públicos, como el del fiscal de ejercitar las acciones correspondiente cuando tuviera conocimiento de un hecho presuntamente delictivo⁵³ o el del instructor de incoar la causa y continuar su tramitación⁵⁴. En suma, el ordenamiento español no deja resquicio alguno a la penetración del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, a salvo los supuestos expresamente reconocidos en los que opera el perdón del ofendido⁵⁵ o su imprecisa manifestación a través del trámite de la conformidad⁵⁶. Es más, ese desamparo normativo es causa de que las experiencias llevadas a cabo hasta el momento tenga un sesgo exclusivamente judicial, esto es, su virtualidad depende de las inclinaciones del particular juez o magistrado a cargo del caso, con toda la incertidumbre jurídica que esta situación puede generar al arrogarse los titulares de la potestad jurisdiccional competencias normativas que le son ajenas⁵⁷.

La cuestión de ilegalidad que hemos advertido no parece haber desalentado a los precursores del movimiento reformador en España, quienes ya hace algún tiempo y con la silenciosa aquiescencia de los poderes públicos han venido desarrollando

⁵² Arts. 44.5 de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y 87.ter.5 LOPJ.

⁵³ Art. 105 LECrim.

⁵⁴ Arts. 299, 308, 309 *bis*, 312, 774 y 797 LECrim.

⁵⁵ En determinados delitos semipúblicos (art. 201.3 CP) o privados (arts. 215.3 CP y 106 LECrim.).

⁵⁶ Fundamentalmente, al admitirse la posibilidad de que las acusaciones presenten un segundo escrito de calificación previamente a la práctica de la prueba para promover la conformidad del acusado (art. 787 LECrim.), lo que evidencia la existencia de negociaciones previas y, consecuentemente, el ejercicio de ciertos criterios de oportunidad.

⁵⁷ SUBJANA ZUNZUNEGUI, *Las víctimas en el sistema penal...*, cit., p. 247 s.

diversos ensayos con éxito variable⁵⁸. Estas actuaciones obtuvieron el respaldo oficial del Consejo General del Poder judicial con ocasión del proyecto desarrollado entre los años 2005 y 2008 en 10 juzgados⁵⁹. Expirado ese proyecto se ha mantenido el esfuerzo restaurativo incrementándose el número de órganos jurisdiccionales comprometidos⁶⁰.

Desde un punto de vista procedimental, en España la mediación puede tener lugar con carácter previo a la incoación del juicio oral, esto es, durante la instrucción de causa en los procesos por delitos; o después, en fase de ejecución. Es el propio instructor, de oficio o a instancia de parte, quien selecciona los asuntos que merecen ser sometidos a la mediación en atención a los hechos y a los sujetos implicados. El fiscal debe mostrar su consentimiento para que esta decisión se haga efectiva bajo la forma de una providencia, que se notificará a las partes interesadas y a sus abogados. Si a su vez los interesados están de acuerdo, el caso se remite al equipo de mediación, comenzando todo un proceso de contactos y entrevistas hasta alcanzar un acuerdo suficientemente satisfactorio o llegar a la conclusión de que éste no es posible. En términos generales, para la víctima el acuerdo suele conllevar una reparación material o simbólica. Durante la instrucción y para el infractor, el cumplimiento del acuerdo se traduce en la solicitud por el Fiscal de la aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad contenida en el art. 21.5 CP, reparación del daño causado a la víctima, ya fuera como atenuante simple⁶¹, ya como muy cualifica-

⁵⁸ Acerca de las experiencias mediadoras en las Comunidades Autónomas de La Rioja, Valencia o Cataluña, entre otros lugares dentro del territorio español, véase GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa...*, cit., pp. 325 ss; o VERGÉ GRAU, *Una modalidad alternativa...*, cit., pp. 139 ss.

⁵⁹ 3 juzgados de lo penal, 6 de instrucción y 1 de ejecuciones. Los resultados de este proyecto piloto desarrollado bajo los auspicios del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial se recogen en el informe *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, inédito, elaborado por J. C. RIOS MARTÍN, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, J. L. SEGOVIA BERNABÉ, M. GALLEGO DÍAZ, P. CABRERA, M. JIMÉNEZ ARBELO.

⁶⁰ 98 en 2009 y 49 en el 2010.

⁶¹ 31,8 % de los asuntos. Vid. *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia*, cit., p. 151 s.

do⁶². Los acuerdos reparadores se canalizarán por el trámite de la conformidad del acusado con los términos de la acusación, eso sí modificada para acoger el mencionado atenuante. En la fase de ejecución, el éxito de la mediación incidirá en la eventual suspensión (arts. 80 y 87 del CP) o sustitución de la pena impuesta (art. 88.1 del CP) o, en su caso, si ya hubiera comenzado su cumplimiento, en la progresión en el grado de tratamiento y la obtención de permisos de salida (art. 47.2 LOGP) o de la libertad condicional (arts. 90.1 y 91.2 CP y 72 LOGP).

IV. *ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA "JUSTICIA RESTAURATIVA"*. – Aunque la crítica hacia la "justicia restaurativa" puede plantearse desde diversos frentes, tantos como abren sus prosélitos, esa censura no alcanza al movimiento victimológico en su conjunto. El fortalecimiento del papel del ofendido o perjudicado por el delito constituye un componente esencial en cualquier modelo de Justicia penal que aspire a conectar con la sociedad en que se inserta. Pero la víctima no puede erigirse en principio y fin de la Justicia penal.

Por otro lado, las teorías restaurativas presuponen la existencia de una víctima individualizable, desconociendo aquellos ilícitos donde no es posible esa identificación⁶³. Este movimiento no resuelve semejante cuestión de forma clara, aunque previsiblemente será la propia comunidad quien asuma la posición de perjudicado. Obviamente, esta circunstancia casa muy difícilmente con muchas de las claves desarrolladas en el apartado precedente.

Sentadas esas reflexiones son varios los aspectos que, en mayor o menor medida, merecen nuestro reproche.

1. *Premisas coyunturales* – Las tesis restaurativas se encuentran indisolublemente ligadas al medio social y al ordenamiento jurídico en que se manifiestan. Ese carácter local o circunstancial, y su pérdida de actualidad, socavan los fundamentos de esta corriente reformista.

⁶² 68,2 % de los asuntos. Ibidem.

⁶³ A modo de ejemplo pueden referirse los delitos medioambientales.

1.1. *Las circunstancias socio-económicas.* – Las “teorías restaurativas” toman verdadero impulso al comienzo de los años 70 del siglo pasado y en una sociedad, la estadounidense, que resultaba particularmente fértil para su recepción.

Esa década está marcada por la absorción y afianzamiento de los profundos cambios sociales acaecidos durante la década precedente, pero también por la conocida “crisis del petróleo”, que arranca en 1973 y afecta a la sociedad en su conjunto. Desde un punto de vista de la Justicia penal la situación se deteriora progresivamente: los índices de delincuencia mantienen el incremento ya iniciado en los 50 y prorrogado durante los 60; el aumento de las causas amenaza con saturar los tribunales, y afecta también al sistema penitenciario, cada vez menos capaz para tratar con una creciente población reclusa. Para revertir esa situación se requiere un aumento considerable de los recursos destinados al sostenimiento de todo ese entramado, pero el contexto económico no es, precisamente, el más apropiado.

En semejante escenario, parece lógico pensar que las nuevas teorías penológicas gozaron de atractivos evidentes. La mediación penal, y la justicia negociada, en general, tienen como efecto directo el que reducen la presión sobre la Justicia ordinaria, por cuanto “distraen” un número perceptible de asuntos. Es destacable la coincidencia en el tiempo del fenómeno expansivo de las diversas modalidades de la justicia negociada en este país, tanto la que se encauza a través del trámite de aceptación de la declaración de culpabilidad (“*plea of guilty*”), como la que culmina en el acuerdo de mediación entre víctima y victimario (“*victim-offender mediation*”). En ambos casos, ese fenómeno toma cuerpo en una Justicia penal fuertemente dominada por un Ministerio Público (“*Public Prosecutor*” o “*Prosecuting Attorney*”, según Administraciones), quien halla una fórmula sencilla – y económica, y electoralmente satisfactoria⁶⁴ – para gestionar expeditivamente su rebosante agenda.

Obviamente, no podemos atribuir la implantación de estas vías alternativas meramente a razones económicas o de eficien-

⁶⁴ Acerca de la posición institucional del *Public Prosecutor* o *Prosecuting Attorney* en los EE.UU. véase mi trabajo *Ministerio Público y justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, 1996.

cia administrativa, pero tampoco negar su muy estimable incidencia.

¿Se encuentra España en una situación similar? Desde luego, no en cuanto a los índices de delincuencia, acaso sí respecto a la situación procesal y penitenciaria y, más aún, en relación con una tesitura económica en crisis. Pero ello no aboca necesariamente en las soluciones restaurativas.

1.2. *La desatención institucional de la víctima.* – Desde ninguna perspectiva: ni es sus presupuestos, ni en su calado; es equiparable la marginación que padece la víctima en el proceso norteamericano y en el español. En el primero de los modelos, la intervención del ofendido por el delito era, cuando se desató el movimiento reparador, y es, actualmente, mínima, pues viene circunscrita a sus facultades de puesta en marcha del procedimiento a través de la denuncia, a su casual actuación como testigo y, eventualmente, a su audiencia previa a la imposición de la pena, ya fuera informalmente (*pre-sentence investigation*), o de modo más reglamentado, en la correspondiente vista (“*hearing*”). Por el contrario, en el ordenamiento español, amén de que puede determinar la extinción de las acciones penales y civiles derivadas del delito⁶⁵ y de que es preceptiva su audiencia para la remisión o sustitución de la pena impuesta⁶⁶, tiene un lugar reservado como parte principal en el proceso, ya fuera como acusador particular⁶⁷, ya como actor civil⁶⁸. Aquí reside la diferencia más significativa, en el reconocimiento constitucional y legal de su facultad de accionar e intervenir en el proceso como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁶⁹.

Más allá, tampoco las posibilidades de resarcimiento del perjudicado en nuestro país admiten comparación alguna con las

⁶⁵ Las primeras en los delitos perseguibles a instancia de parte (art. 106 y 107 LECrim.).

⁶⁶ Arts. 80.2, 86 y 88 CP.

⁶⁷ Configurado constitucionalmente como derecho fundamental (art. 24 CE).

⁶⁸ Arts. 24 CE y 110 LECrim.

⁶⁹ Por todas, la STC 34/1994, 31 de enero.

que dispone la víctima en el sistema norteamericano, toda vez que en España el objeto del proceso penal no se constriñe a las responsabilidades penales derivadas del hecho punible, como sucede en aquél, sino que, eventualmente, se extiende también a la restitución de la cosa, la reparación daño y la indemnización de los perjuicios causados a la víctima⁷⁰.

No es que el ofendido por el delito en el proceso penal español no sufra ningún tipo de exclusión, pero ésta es de carácter subjetivo, resultado de su inmersión en un medio abusivamente alienante por las razones expuestas al comienzo de este trabajo, muy diferente de la existente en el modelo anglosajón, de una naturaleza técnica. Es comprensible la reacción favorable a otorgar a la víctima mayor protagonismo al otro lado del océano, pero, ¿en España?

1.3. *La "obsesión punitiva" del sistema penal.* – Para las tendencias criminológicas vigentes la sanción penal no se concibe meramente como un mecanismo vindicativo, sino sobre todo preventivo y resocializador⁷¹. Si cuando surgen las teorías restaurativas esa orientación no estaba plenamente asimilada por el entramado institucional, el enfoque ha cambiado sustancialmente.

El catálogo de penas y medidas de seguridad que contemplan los modernos códigos penales se ha ampliado para dar cabida a sanciones más adaptadas a la naturaleza de los hechos y a las circunstancias particulares de los sujetos implicados. La pena de prisión, la multa o la privación de derechos, en sí mismas, no constituyen un elemento de corrección rígido, aislado y pretendidamente autosuficiente en orden a la consecución de sus fines. Y el estado de hechos que crea la pena no es inamovible; está sometido a variaciones, cuya oportunidad es valorada por las autoridades competentes, judiciales y administrativas, sobre criterios pretendidamente empíricamente.

Puede sostenerse con bastante razón que la cárcel no contribuye todo lo que debería a la rehabilitación del interno, que tiene efectos estigmatizadores, e, incluso, que es probable que

⁷⁰ Art. 100 LECrim. Sin perjuicio de las facultades de renuncia o reserva de la acción civil del ofendido por el delito (arts. 109 a 112 LECrim.).

⁷¹ En consonancia con el mandato constitucional (art. 25 CE).

en algunos casos incremente los riesgos de reincidencia. Pero también resulta harto difícil encontrar a quien mantenga que la Administración penitenciaria cuenta con los recursos idóneos para desempeñar debidamente las tareas que tienen legalmente asignadas.

Una vez más la pregunta es: ¿son las circunstancias relatadas por los “teóricos restaurativos” trasladables al presente?

2. *Irresponsabilidad personal, idealismo y simplificación.* – Aunque en el delito podamos descubrir distintos niveles de responsabilidad, y la propia sociedad tiene una carga que sobrellevar al respecto, semejante argumento no puede conducirnos a diluir la responsabilidad directa e individual del sujeto en su conducta. Más allá, los mismos factores socio-económicos, medio-ambientales o psicológicos que reivindican los renovadores son valorados en el seno de la Justicia ordinaria actual en orden precisamente a declarar la existencia o inexistencia de esa responsabilidad y modularla cuando fuera oportuno⁷². Esa omisión pues hemos de considerarla superada.

No cabe duda de que el infractor sinceramente arrepentido, que asume voluntariamente los efectos de su perniciosa conducta, está dando los primeros pasos hacia su transformación y su rehabilitación social. Pero discrepamos en que una decisión basada en el previo conocimiento de que sus consecuencias serán casi siempre menos gravosas que la disyuntiva contraria pueda fundar válidamente un cambio tan profundo. Tal vez semejantes efectos terapéuticos no sean imposibles, pero sí altamente improbables⁷³. La estadística apunta a que existe un elevado grado de cumplimiento de los acuerdos reparadores⁷⁴,

⁷² Y así se refleja en los arts. 61 y ss. del CP.

⁷³ Discrepamos abiertamente de HEREDIA PUENTE, cuando asevera que la disconformidad entre el comportamiento del delincuente, por ejemplo reparando el daño causado a la víctima, y su actitud interior, al haber actuado obligado por las circunstancias, deviene en una transformación de este último sentimiento para acomodarlo a su conducta. “Perspectivas de futuro de la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, en «La Ley», núm. 7257, 7/10/2009, edición digital.

⁷⁴ Véase GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa...*, cit., pp. 148-149 s.

pero no faltan autores que dudan de su eficiencia en orden a prevenir la reincidencia⁷⁵; mientras otros aprecian diferencias poco significativas⁷⁶. Incluso Zehr, uno de los teóricos más representativos de esta corriente, no va más allá de garantizar que la “justicia restaurativa” *podría* contribuir a su consecución⁷⁷.

Ahondando en las bases fundacionales de la “justicia restaurativa”, son numerosos los interrogantes que surgen con respecto a la viabilidad de unos mecanismos de control social como los que se propugnan por estos teóricos, de cuya efectividad depende el mayor o menor éxito de las prácticas restauradoras. En otras palabras, mantenemos fundadas dudas sobre si en la sociedad post-industrial se dan los presupuestos requeridos para la aplicación de una clase de políticas que exigen un alto grado de afinidad e interdependencia entre sus miembros. Lejos de la sociedad estructurada sobre un sistema de valores uniformemente compartido y aceptado por todos los sujetos que la integran, que presuponen los adalides de la “justicia restaurativa”, el panorama social que caracteriza los inicios del Siglo XXI resulta en ese punto bastante más complejo. El individualismo, la multiculturalidad, la crisis de los principios tradicionales, el ensanchamiento de la brecha generacional, por mencionar algunos de los rasgos de la sociedad contemporánea, esa misma pluralidad, restará efectividad a cualquier alternativa para la resolución de las controversias en que la implicación de la comunidad, de cada uno de sus integrantes y en su conjunto, es básica en orden a alcanzar sus fines.

Las teorías restaurativas parten del convencimiento de que la satisfacción que se brinda a los sujetos directamente implicados en el conflicto con la intervención y el compromiso de la propia comunidad revertirá en la consolidación de una sociedad más consciente de las necesidades de sus componentes y, al cabo, más justa y preparada para afrontar los problemas venideros. Pero esa arquitectura aparentemente tan robusta presenta

⁷⁵ Véase A. ASHWORTH, *Is Restorative Justice the way forward for Criminal Justice?*, en AA.VV., *Restorative Justice: Critical issues*, cit., pp. 174-176 ss.

⁷⁶ Véase C. CUNNEN, *Thinking critically about Restorative Justice*, en AA.VV., *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., p. 191 s.

⁷⁷ *The little book of...*, cit., pp. 8-13 ss.

fisuras y fallos estructurales que le hacen perder buena parte de su atractivo. Estamos ante un enfoque eminentemente subjetivo, son intereses individuales los que marcan el camino a seguir por la comunidad y esas aspiraciones particulares no tienen por qué ser convergentes; antes al contrario, serán tan personales como divergentes, máxime en una sociedad tan plural. No se parte de principios generalizables para después acomodar el tratamiento de los sujetos a sus circunstancias personales, sino a la inversa, se toma como referencia a cada uno de los individuos que integran la masa social, y su escala de valores, para inferir una suerte de “interés general”, como si éste fuera meramente el resultado de la suma de los intereses individuales. La disparidad social reiteradamente aludida tornará imposible esa operación, sin contar con la pasividad o la actitud abiertamente reacia al compromiso de una parte sustancial de la propia comunidad.

3. *La insalvable distancia entre la “justicia restaurativa” y la “Justicia constitucional”.* – El enfoque conflictual del ilícito y la búsqueda de soluciones consensuales que comportan las diversas teorías englobadas bajo la rúbrica “justicia restaurativa”, sobre todo este último aspecto, se adecuan perfectamente a los principios que rigen el derecho privado y a la consiguiente libre disposición de sus propios derechos e intereses por los particulares. Menos acomodo encuentra en el derecho público, en general, y en el derecho penal y procesal penal, singularmente, al punto de que su cohabitación resulta un tanto turbulenta.

Entre la víctima y el victimario no existe conflicto alguno salvo acaso en un plano procesal, consecuencia de la configuración dialéctica del proceso. Y no es admisible la traslación de ese esquema de confrontación al plano material porque subvertiría las bases en que se asienta el propio Estado de Derecho, que a través de sus órganos representativos ha decidido sancionar penalmente determinadas conductas con carácter de subsidiariedad, como *ultima ratio*⁷⁸. Desde esta perspectiva, afirma-

⁷⁸ Engarzando con lo dicho más arriba (véase nota 5), otra cosa es que el Legislador, habitualmente, “se olvida” de justificar esa *ultima ratio*, motivación legislativa que, como asevera ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de lega-*

mos que la premisa mayor de estas corrientes de opinión constituye meramente un dislate.

El proceso penal, a diferencia del civil, se encuentra en los sistemas de corte continental sometido a los principios de legalidad, necesidad e indisponibilidad de la acción penal, al menos de momento. Esto es, la consecuencia necesaria e irrenunciable de la comprobación, cuando menos indiciaria, de la existencia de un hecho punible será el ejercicio de la acción penal por los sujetos legitimados, en los términos de la Ley y con la única excepción de los delitos privados, perseguibles sólo a instancia del perjudicado. Proscrita la autotutela⁷⁹ y, por consiguiente, cualquier género de arreglos privados o extrajudiciales, el derecho de penar, el *ius puniendi*, se reserva al Estado, quien lo ejerce por medio de órganos propios, independientes, inamovibles y responsables; no arbitraria, sino imparcialmente, con absoluta sumisión a la Ley; y a través del cauce constitucionalmente previsto, el debido proceso. En ese marco, una vez interpuesta la acción se pondrá en marcha toda la maquinaria procesal para la comprobación de los hechos y la imposición de la sanción, si fuera procedente.

El carácter coactivo de la acción penal, la jurisdiccionalidad de la decisión y la necesidad del proceso en orden a la determinación de la pena procedente, "*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*", acotan el contenido del principio de legalidad en términos procesales⁸⁰. Si esto es así, cualquier solución mediadora *a priori* sería no ya alegal, sino inconstitucional, habida cuenta de la invasión que supone del ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional y del propio derecho al debido proceso, aunque la sanción se disfrace de acuerdo y la "pena"⁸¹ de medida

lidad, cit., permitiría que ese principio de subsidiariedad de la ley penal pasara a ser "*justiciable*", esto es, en vez de "*un mero ideal puesto en cuestión una y otra vez por decisiones arbitrarias del Legislativo, (...) un referente de constitucionalidad de las leyes*", p. 26 s.

⁷⁹ Con carácter general y sin perjuicio de los supuestos contemplados legalmente, entre el que destaca la legítima defensa (art. 20.4 del CP), que no llegan a anular la regla.

⁸⁰ Recuérdese la clásica STC 16/1981, de 18 de mayo.

⁸¹ Entrecomillo pena por cuanto no es resultado inmediato de un proceso, sino de una encubierta conformidad, judicialmente homologada que hace innecesaria la continuación del proceso. Precisamente, aquí reside también

restauradora. La mediación requiere un nuevo escenario, bien por la vía de la despenalización de conductas y la reconducción de determinados comportamientos al ámbito de la responsabilidad extra-contractual, bien a través de la decidida introducción de criterios de oportunidad libre en el ejercicio de la acción penal. Si la primera opción se nos antoja altamente recomendable, con la segunda alcanzaremos un escalón más en la “deconstrucción” del Estado de Derecho y del reparto de tareas constitucionales que supone⁸².

La distancia entre mediadores y jueces es infranqueable. Cabe que los sujetos o las organizaciones que ejercen la función mediadora se encuentren legalmente protegidos de cualquier clase de injerencia externa y, en consecuencia, gocen de independencia dentro del espacio competencial que tienen atribuido, pero en ningún caso pueden ser imparciales, si por tal entendemos la estricta sumisión a la Ley en el cumplimiento de la función que ejerce el órgano de que se trate⁸³. Y esto es así por la propia idiosincrasia del medio en que actúan, que les obliga a ser neutrales en términos de equidistancia de los intereses confrontados, puesto que a diferencia de los juzgadores no pueden ser decisivos⁸⁴. Desde luego, si inamovilidad y responsabilidad son caracteres de los mediadores, nunca serán predicables en el mismo sentido que de jueces y magistrados.

una de las grandes carencias de la mediación: su incapacidad *per se* para imponer la observancia de lo convenido por los sujetos, ya que sólo valdrá en tanto en cuanto sea judicialmente homologado.

⁸² La asunción por los operadores jurídicos de facultades oportunistas en la aplicación de la Ley penal alterará todo el sistema, pues es consustancial a la decisión de aplicar la Ley el no hacerlo. Con ello desaparece una de las notas que definen la Ley, la vigencia. Mediante esta “simple” operación, los primeros, carentes de cualquier justificación democrática, se ubican *supra voluntas legislatorem*. Toda una involución desde la ilustrada sumisión a la ley a la sumisión personal a un sujeto investido del poder para aplicarla o no.

⁸³ Sobre el concepto de imparcialidad PEDRAZ PENALVA y otros, *Derecho procesal penal*, cit., p. 209 s.

⁸⁴ Estaríamos ante una hipótesis de “justificación por la acción”, sin que se requiera un resultado concreto, es decir, el papel del mediador es válido y satisfactorio en tanto desarrolle su actuación, mediando entre los sujetos intervinientes para favorecer el acuerdo; tan sólo con ello consigue justificar su intervención y, por ende, percibir honorarios.

Tampoco podemos confundir la mediación con el debido proceso, como a veces se ha pretendido⁸⁵, pues la existencia de un procedimiento reglado y la eventual convalidación judicial no colman, ni siquiera mínimamente, las exigencias que devienen de ese derecho fundamental. La falta de transparencia y publicidad de los procedimientos restauradores los alejan aún más de las garantías que conforman el proceso justo.

En definitiva, la mediación no constituye ningún modelo paralelo de impartición de justicia, sino una alternativa a la Justicia criminal y al proceso que puede llegar a actuar con carácter anticipado a las vías ordinarias⁸⁶.

4. *Coacción legalizada y ejercicio de derechos procesales.* – La víctima ostenta el derecho a la tutela judicial efectiva, y por lo que se refiere al modelo procesal español ello se traduce en la facultad que le asisten de personarse en la causa ejerciendo la acción penal a través de la oportuna querrela o mostrándose parte en la causa en el trámite de ofrecimiento de acciones. El ofendido no puede ser compelido a renunciar a este derecho, independientemente de la actitud más o menos colaboradora del ofensor, teniendo en cuenta que esa última disposición tiene el amparo correspondiente por las vías ordinarias⁸⁷. Esto es, no es sólo que el sometimiento de la víctima a un programa restaurador tendrá que ser voluntario, sino que si la víctima no desea que se siga ese camino no podrá seguirse. Sin embargo, no

⁸⁵ Así, por parte de GONZALEZ CANO, *La mediación penal en España*, en AA.VV., *La mediación penal para adultos*, cit., p. 23 s., reaccionando frente al enfoque más radical de ORTUNO MUNOZ y HERNADEZ GARCÍA («cfr.» *Sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR): La mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de Trabajo 110/2007 del Laboratorio de Alternativas. Fundación Alternativas, Madrid, 2007, p. 59 s.).

⁸⁶ Si se quiere a modo de mecanismo complementario, como sostiene GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa...*, cit., pp. 150-152 ss. De ahí que se propugne su reglamentación en una ley especial, al margen de la LECrim. actual o futura. Acerca de este argumento véase MARTÍN DÍZ, *La mediación...*, cit., pp. 331-333 ss.

⁸⁷ Nos referimos a la reparación del injusto como circunstancia atenuante según dispone el art. 21.5º del CP.

faltan voces que pretenden corregir tal situación de forma tal que la voluntad del perjudicado no sea tan determinante⁸⁸. Tal restricción en el ejercicio legítimo de un derecho carece de base constitucional o legal que la sustente y cualquier cambio de orientación para hacer más factible una solución restaurativa del conflicto que cercenara esa facultad encontraría serios obstáculos al alterar alguno de los elementos esenciales del modelo procesal vigente, en que el perjudicado por el delito, y el propio acusador popular, actúan de contrapeso del poder fiscal.

Del otro lado, se ofrecerá al imputado la posibilidad de elegir libremente entre ejercitar el derecho a ser juzgado en un proceso con todas las garantías o renunciar a ello, reconociéndose culpable de los hechos, *condicio sine qua non* para participar en un programa restaurativo y obtener la recompensa que supuestamente le reportaría⁸⁹. A tener en cuenta que esos beneficios habitualmente entrañan un tratamiento penal más clemente o la suspensión misma del procedimiento. ¿Resultan admisibles semejantes presiones? ¿Y qué decir si a esos incentivos se suma una actitud propiciatoria del fiscal o del propio letrado de la defensa, como viene sucediendo regularmente en el ámbito de las conformidades⁹⁰?

Dejando a un lado ésa otra forma de coerción, la cuestión es si tales estímulos legales son aceptables o si, por el contrario y

⁸⁸ Como se preveía en el art. 16.3 de la derogada Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores.

⁸⁹ Precisamente, la ausencia de salvaguardas procedimentales para quienes optan por la alternativa restauradora y, consecuentemente, la dificultad de solventar el habitual desequilibrio de poderes entre los intervinientes, constituye una de las críticas más comunes hacia la "justicia restaurativa", según asevera CUNNEEN, *Thinking critically about Restorative Justice*, cit., pp. 189-190 ss.

⁹⁰ El fiscal, agravando la calificación del delito o la pena solicitada; mientras el letrado, casi siempre de oficio, descubrirá a su defendido las ventajas de no "provocar" al primero. El peligro de deslizamiento de la mediación hacia este mismo esquema de actuación fiscal es destacado por A. MORAL GARCÍA, *Perspectiva de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un Fiscal*, en «Revista Familia», núm. 36, Enero de 2008, pp. 86-92 ss. Por supuesto, esta situación puede agravarse aún más si la legislación penal reconoce amplia discrecionalidad en la determinación de la pena por el tribunal o cuando contempla penas alternativas. Especialmente crítico con esta actitud legislativa se manifiesta ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, cit., pp. 33 ss.

a la luz del principio de proporcionalidad⁹¹, se estaría penalizando indebidamente el ejercicio por el acusado de sus derechos constitucionales, incurriendo el eventual legislador “restaurativo” en un vicio de inconstitucionalidad. En este punto debemos ponderar el fin último de la “justicia restauradora” en lo que se refiere al victimario, su recuperación social; así como las posibilidades de éxito por esta vía. Pero, al igual que sucede con la opción convencional, que comparte ese mismo objetivo, no disponemos de una información fiable sobre tal aspecto, incertidumbre que debe provocar el rechazo de semejante alternativa a tenor del coste que lleva aparejado.

5. *El subjetivismo y localismo de las soluciones restaurativas.* – El éxito o el fracaso de una determinada actuación restauradora se miden por el grado de satisfacción personal de los interesados en cada caso particular, sin que en esa valoración se preste atención alguna al resultado obtenido en otros casos iguales o similares. El análisis del conflicto y de sus eventuales soluciones no toma como referencia los hechos y el Derecho sino las relaciones personales entre víctima y agresor; todo ello en detrimento del establecimiento de reglas objetivas o criterios generalizables que nos permitan evaluar la eficiencia, en términos de justicia, de esta vía alternativa⁹². Esa subjetividad abocará en una disparidad de trata-

⁹¹ Asumimos la concepción de PEDRAZ PENALVA, quien acerca de la vigencia de este principio sostiene: «*cualquier invasión de la esfera protegida por los derechos fundamentales se encuentra bajo el mandato de la proporcionalidad de los medios, mandato que dimana del Estado de derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales que, como expresión genérica de la libertad del ciudadano frente al Estado sólo pueden ser limitados por los poderes públicos en la estricta medida en que fuere inevitable para amparar intereses generales*». Con otros en *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 154 s. Más ampliamente sobre la vigencia de este principio véanse los autorizados trabajos de este mismo autor: “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad” y “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit.

⁹² Entre estos criterios se situaría el principio de igualdad, como pone de relieve A. ASHWORTH, *Is Restorative Justice the way forward for Criminal Justice?*, en *Restorative Justice: Critical issues*, cit., p. 164 s.

miento injustificada para casos fácticamente semejantes, que además no serán susceptibles de homogeneizar. Incluso si pudiéramos garantizar un mínimo nivel de uniformidad mediante la intervención directa de la comunidad en la preparación de los acuerdos reparadores, estaríamos lejos de garantizar que el resultado no fuera otra cosa que una forma de justicia localista o geográfica. Andrew Ashworth se planteaba esta misma objeción:

*“Is it right for the state, or for a body exercising authority delegated by the state, to use its coercive powers differently against each of two people, one of whom commits an offence in one locality and another with an exactly similar background who commits a similar offence in a different locality?”*⁹³.

La liberalidad en la búsqueda de soluciones incrementará las posibilidades de satisfacción de la víctima y del victimario, pero esa “más justa” composición del “conflicto particular”, ese enfoque esencialmente subjetivo, afectará a los fines sociales que deben presidir la justicia penal. Es más, los mismos estudios que revelan un alto grado de satisfacción con los procedimientos restauradores, son mucho menos complacientes cuando los implicados son cuestionados acerca de la consecución de una justa restauración⁹⁴.

Ese mismo subjetivismo/localismo impide cualquier ejercicio de predicción sobre el contenido de los acuerdos restauradores. Si la aplicación de la Ley deja de ser predecible, meramente porque es sustituida por la voluntad consensuada de las partes, también desaparecen los atributos que le son propios. La proporcionalidad, la seguridad jurídica y la igualdad de trato y la no discriminación que deben presidir la justicia penal se ven así preteridas.

Finalmente, si la reparación de los perjuicios sustituye a la sanción de las conductas ilícitas⁹⁵ existe un riesgo palpable de

⁹³ A. ASHWORTH, *Is Restorative Justice the way forward for Criminal Justice?*, cit., pp. 169-170 ss.

⁹⁴ DALY, *The limits of Restorative Justice*, cit., pp. 138-139 ss., pone de manifiesto esta realidad. También en *Restorative Justice: The real story*, cit., pp. 206-208 ss., respecto de la justicia de menores.

⁹⁵ Siempre presente que la legitimación del ofendido para reclamar la reparación de los daños que se le han irrogado no le convierte en sujeto también

que la “justicia restauradora” se convierta meramente en una “justicia indemnizatoria”, cuya virtualidad dependerá en última instancia de la capacidad económica del victimario. Los valedores de estas teorías rechazan esa objeción haciendo hincapié en la viabilidad de otras soluciones, pero tal contingencia es más real que aparente.

IV. *A MODO DE CONCLUSIÓN.* – Los teóricos de la “justicia restaurativa” instrumentalizan en su propio beneficio las flaquezas del sistema institucional establecido. No censuramos esa actitud, pues hemos utilizado el mismo método para analizar y, cuando lo hemos considerado justificado, tratar de desmontar sus argumentos.

La hipertrofia, la ineficiencia y el consiguiente colapso del modelo vigente no conforman el mejor escenario para proclamar las bondades de las vías ordinarias de administrar la Justicia penal. Es por ese motivo perfectamente comprensible una reacción por parte de los sujetos directamente afectados por el ilícito, para quienes esta suerte de “justicia a la carta” concita atractivos innegables. En otras palabras, a la víctima y al victimario no se les puede reprochar que prefieran obtener cierta satisfacción personal, aunque fuera a costa de lo que se percibe como interés general. Si en verdad el modelo vigente no es consustancialmente perverso, y no lo es, lo que resulta injustificable es que el propio sistema se autoinmole mediante la instauración de mecanismos que ponen en cuestión su esencia al derribar la preeminencia de aquel interés, el general, en pro del individual, sin procurar antes solventar los problema que le aquejan.

No puede sostenerse que las soluciones que proporcionan mecanismos tales como la mediación penal sean más justas, si por Justicia entendemos la igualdad en la aplicación de la Ley, pues en su naturaleza está la pluralidad y la diversidad de inte-

legitimado para determinar el castigo del victimario, cuestión ésta que tiende a confundirse por los teóricos de la “justicia restauradora”, como asevera A. ASHWORTH, *Is Restorative Justice the way forward for Criminal Justice?*, cit., p. 173 s.

reses. Esa visión subjetiva de la Justicia es incompatible con la consecución de objetivos generales, fundamentalmente por la imposibilidad de armonizar tan variadas reivindicaciones prescindiendo del elemento aglutinador común que representa una sociedad civil legalmente estructurada por los medios que el propio Estado de Derecho le proporciona. El recurso a la comunidad física o el grupo en que se integran los afectados con esa finalidad unificadora de criterios será determinante de un localismo en el tratamiento de los asuntos inadmisibles e igualmente discriminatorio, siempre que fuera posible semejante asimilación y no se quede en un vano intento de casar los particularismos, muchas veces incompatibles, que caracterizan la sociedad contemporánea.

El sistema procesal se ha convertido en algo tan incomprensible para los profanos que requiere cambios profundos para conferirle mayor transparencia y accesibilidad, incluso, aunque ello implique la vulgarización de ciertos engranajes que han venido siendo perfeccionados durante siglos para alcanzar las más elevadas cotas de garantismo de su historia. Pero no podemos renunciar a las salvaguardas que nos proporciona el propio sistema en orden a la obtención de beneficios individuales, tan sublimes en su predicción como inciertos en su realización.

Todo apunta a una futura y pronta reglamentación de la mediación penal para adultos en España con una extensión bien diferente a la que hemos analizado en las experiencias piloto y, quizás, ya no sea el momento de resistirse a una tendencia que parece irrefrenable. Hemos pretendido poner de relieve sus dobleces e inexactitudes; ocasión habrá para verificar la adecuación de esa futura normativa a fin de atenuar los daños, sin perder de vista los ya advertidos costes de esa reforma.

CARLO PILIA

L'ATTUAZIONE IN ITALIA DELLA DIRETTIVA 2013/11/UE SULLE ADR PER I CONSUMATORI

SOMMARIO: 1. L'evoluzione in Italia delle riforme sulle ADR. - 2. I sistemi ADR di portata più generale: la mediazione civile e commerciale, la negoziazione assistita e l'arbitrato. - 3. Le ADR per i consumatori più applicate: la negoziazione paritetica e la conciliazione telefonica. - 4. Le principali opzioni italiane nel recepimento della direttiva 2013/11/UE. - 5. Valutazioni d'insieme, profili critici e questioni lasciate aperte dalla riforma italiana delle ADR.

1. *L'evoluzione in Italia delle riforme sulle ADR.* – Per capire le principali scelte compiute dal legislatore italiano nell'attuazione della direttiva 2013/11/UE e valutare l'impatto che l'introduzione della nuova disciplina delle ADR per i consumatori assumerà nell'ordinamento nazionale occorre preliminarmente richiamare l'attenzione su due significativi fattori culturali e normativi collegati alla profonda crisi della giustizia che, da tempo, si trascina nel Paese. Da un lato, si segnalano le forti resistenze culturali e professionali che si sono finora opposte all'approvazione e soprattutto all'applicazione delle varie riforme dirette alla degiurisdizionalizzazione della giustizia italiana¹. Dall'altro lato, è da considerare la stratificazione di un composito quadro normativo, d'impronta fortemente costringente, che vige nel campo dei sistemi ADR, sia quelli di portata più generale in materia civile e commerciale, sia quelli più settoriali dedicati ai consumatori².

¹ C. PUNZI, *La c.d. "degiurisdizionalizzazione della giustizia civile"*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2014* a cura di C. Punzi, Torino, 2015.

² Per una visione d'insieme, oltre che i principali riferimenti normativi e bibliografici in materia, T. GALLETTO, voce «ADR», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. comm., Agg. VI*, Torino, 2012, pp. 2 ss.

L'Italia è un Paese afflitto da un enorme ingorgo giudiziario dovuto all'esorbitante numero di giudizi civili pendenti, attorno ai cinque milioni di cause, oltre che ai tempi irragionevoli della loro durata, di media almeno dieci anni. Le varie riforme processuali succedutesi sono state poco incisive, in quanto non hanno realizzato l'auspicato risultato di dare efficienza al sistema giudiziario civile, ripiegando piuttosto su pallidi tentativi di limitare l'avvio di nuove cause e di favorire lo smaltimento dell'esorbitante arretrato. Allo stesso tempo, le insuperabili difficoltà incontrate hanno ingenerato, a livello nazionale e internazionale, crescenti preoccupazioni sull'impatto negativo che la strutturale crisi della giustizia italiana provoca sul piano economico e sociale. Malgrado l'introduzione di tanti miglioramenti anche organizzativi e tecnologici nella gestione telematica dei processi, si diffonde oramai la consapevolezza dell'impossibilità di riuscire a garantire l'effettività nella tutela dei diritti attraverso la sola via della giurisdizione, in quanto occorre altresì sviluppare un sistema complementare di meccanismi compositivi extragiudiziali di qualità che siano facilmente accessibili per i cittadini e per le imprese.

La cronica situazione di paralisi della giustizia italiana costituisce uno dei principali fattori endogeni che disincentivano gli investimenti stranieri e paralizzano lo sviluppo e la competitività del Paese. La crisi economica che in questo periodo attanaglia l'Italia, al pari di numerosi altri Paesi dell'Europa, impone drastici tagli di spesa all'intero bilancio pubblico statale, tra l'altro, nel finanziamento del sistema giudiziario, destinato a ridimensionarsi anche in ragione del contenimento delle risorse disponibili. L'obiettivo di ridurre il contenzioso, quindi, ha finito per costituire l'elemento teleologico che accomuna tutte le riforme della giustizia che si sono succedute, nonché le scelte politiche compiute dal legislatore italiano nell'introdurre, in maniera coattiva, i nuovi sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, come accaduto con la mediazione finalizzata alla conciliazione in attuazione della direttiva 2008/52/CE.

La finalità deflattiva del contenzioso, tuttavia, ha scalfito solamente in minima parte l'ingorgo giudiziario che continua a paralizzare il funzionamento dei tribunali, senza però riuscire a sviluppare in Italia una cultura delle ADR, che sono perciò rimaste

ai margini del sistema, poco conosciute e sostanzialmente inapplicabili, tanto nella fase che precede l'instaurazione dei processi quanto durante lo svolgimento degli stessi. La dominante cultura "pangiurisdizionale", per un verso, soffoca l'istanza diffusa di giustizia proveniente dalla società, in quanto il sistema processuale, nei fatti, non è in grado di garantire soddisfacenti risposte a tutte le richieste di tutela provenienti dai cittadini. Per altro verso, la medesima cultura della tendenziale esclusività della giurisdizione ha ostacolato l'affermarsi dei meccanismi alternativi al processo, guardati sempre con molta diffidenza poiché ritenuti lesivi del diritto di ricorrere al giudice e, comunque, privi di adeguate garanzie per gli utenti.

Il diritto fondamentale alla tutela giudiziale, quale riconosciuto dalle carte internazionali³, europee⁴ e nazionali⁵, nella realtà italiana spesso si svuota di effettività e, in mancanza di soluzioni processuali e di alternative praticabili, finisce per snaturarsi nella percezione collettiva e nell'applicazione quotidiana. Il diritto è inteso oramai come una delle tante declamazioni di principio che, nella pratica, si traduce nell'onere di sopportare i rilevanti costi e le forti incertezze dell'avvio di un processo, senza però avere alcuna garanzia di riuscire a ottenere in tempi ragionevoli una pronuncia che soddisfi la legittima esigenza di tutela dell'istante. Le medesime insidie del processo, peraltro, sono sfruttate da quanti ne approfittano per ritardare nel tempo il ripristino della legalità violata e per negare il ristoro dovuto alla vittima. Sono soprattutto i soggetti più forti, di solito annoverabili tra i professionisti, che abusano del processo⁶ a danno dei più deboli, spesso consumatori intimoriti dalla minaccia della "sfida processuale". Malgrado le riforme del processo siano state più volte ac-

³ Art. 8, Dichiarazione universale dei diritti umani, dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 10 dicembre 1948; art. 6, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

⁴ Art. 47, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁵ Art. 24, Costituzione italiana.

⁶ In proposito, Aa.Vv., *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno nazionale dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2012; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012.

compagnate dall'introduzione di ADR, la tutela giudiziale continua ad essere percepita dall'opinione dominante come l'unica via obbligatoria d'accesso alla giustizia che però un numero crescente di soggetti, soprattutto tra consumatori e piccoli professionisti, si rifiuta di percorrere. Tanto dagli ambienti sociali, quanto da quelli produttivi si leva la forte sollecitazione affinché le istituzioni preposte rendano accessibili sistemi compositivi più semplici, rapidi ed economici, maggiormente capaci di affrontare il moltiplicarsi dei conflitti giuridici e le rinnovate istanze di tutela di questa epoca.

Per un pregiudizio culturale, accompagnato a non poche resistenze corporative e professionali, l'assenza di efficienti sistemi ADR che si affianchino a quello giudiziale finisce per determinare un complessivo vuoto di tutela, sia per coloro che azionano il processo senza però riuscire ad avere una tempestiva risposta, sia per quanti, soprattutto tra i cittadini meno abbienti e i tantissimi consumatori, non ritengono utile rivolgersi al giudice o, comunque, sono impossibilitati a farlo. Stenta in Italia ad affermarsi il principio che la giustizia non si esaurisce nella sola tutela giudiziale, ma ricomprende anche i meccanismi ADR, da ritenere aggiuntivi e complementari alla stessa, non già sostitutivi. Si deve ancora affermare un'idea pluralista di giustizia che, nei limiti dei diritti disponibili e con riferimento ai meccanismi compositivi accreditati che garantiscano gli imposti standard di qualità, rimette alla valutazione dei cittadini e delle imprese la scelta sull'utilizzazione degli strumenti di tutela stimati più appropriati ed efficaci.

Con il recepimento delle principali normative europee sulle ADR, soprattutto quella sulla mediazione in materia civile e commerciale, si è legislativamente imposta una profonda e complessiva revisione del tradizionale approccio culturale, ma anche formativo e professionale in tema di giustizia civile che ha permesso finalmente di avviare anche in Italia la strutturazione dei servizi di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Per superare l'iniziale situazione di grave arretratezza e le forti resistenze opposte dai giuristi, soprattutto quelli degli ambienti forensi e accademici più conservatori, il legislatore italiano ha dovuto compiere precise scelte di politica del diritto incentrate sull'imposizione reiterata dell'obbligatorietà della mediazione e delle altre

procedure extragiudiziali. Nella prima stagione di riforme strutturali finalizzate all'introduzione delle nuove ADR, infatti, la nota dominante è stata proprio l'obbligatorietà, quale strumento coercitivo considerato necessario per affrontare l'ingorgo giudiziario. A distanza di un quinquennio, con il recepimento della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori, si apre una nuova e più avanzata stagione di riforme che si innestano sulla presenza oramai in Italia di una pluralità di procedure compositive extragiudiziali, che si devono ancora consolidare e uniformare ai parametri europei di qualità. Il legislatore nazionale si affida adesso alla volontarietà per garantire ai consumatori la libertà di scelta delle procedure e degli organismi ADR più qualificati e specializzati nella gestione delle controversie nazionali e transfrontaliere. La volontarietà, nelle sue plurime declinazioni, asurge a principio cardine utilizzato legislativamente per raccogliere la nuova sfida europea diretta a ottenere l'innalzamento dei livelli di protezione dei consumatori e il corretto funzionamento del mercato interno. Nell'esercitare la libertà di scelta nell'accesso ai servizi ADR di qualità disponibili nei Paesi dell'Unione europea, i consumatori contribuiscono alla più ampia diffusione e al definitivo consolidamento della cultura pluralista e competitiva della giustizia.

2. I sistemi ADR di portata più generale: la mediazione civile e commerciale, la negoziazione assistita e l'arbitrato. – L'attuazione della direttiva 2008/52/CE ha permesso di varare in Italia la prima e più importante riforma organica del sistema delle ADR incentrata sulla mediazione, quale principale meccanismo di composizione amichevole delle controversie civili e commerciali, comprese quelle consumeristiche. Il legislatore ha dettato una disciplina completa pressoché per tutti gli aspetti di funzionamento della mediazione che, senza pregiudicare il fondamentale diritto di rivolgersi al giudice, è stata raccordata al processo e alle altre ADR, in conformità ai principi europei e alle opzioni discrezionali concesse ai legislatori nazionali⁷.

⁷ Sull'attuazione in Italia della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della media-

Più precisamente, quanto all'ambito applicativo, la scelta italiana è stata quella di rendere applicabile la mediazione non solo alle controversie transfrontaliere, così come stabilito dalla direttiva⁸, ma anche a quelle interne, che sono di gran lunga le più numerose. Pertanto, la mediazione si è imposta quale primario procedimento ADR di portata più generale, tendenzialmente applicabile a tutte le controversie civili e commerciali su diritti disponibili, in base al rafforzato regime di accesso e funzionamento contenuto nel d.lgs. 28/2010, più volte inasprito nel corso degli anni⁹.

In relazione alle modalità di accesso alla mediazione, ancora, è stata compiuta la scelta politica italiana più forte e contestata, legata all'ampia imposizione d'obbligatorietà. L'autonomia legislativa lasciata sul punto dalla direttiva¹⁰ è stata pienamente esercitata dall'Italia mediante la declinazione di quattro distinti tipi di accesso, riconducibili ai canoni della volontarietà, utilizzata in via sussidiaria, e dell'obbligatorietà, imposta in via principale. Da un lato, sono contemplate le modalità di accesso volontario che si riscontrano tanto nella mediazione c.d. facoltativa¹¹, ossia promossa liberamente dalla parte per tentare di risolvere una controversia civile o commerciale su diritti disponibili, quanto nella mediazione c.d. concordata¹², legata alla corrispondente clausola inserita convenzionalmente in un contratto, atto costitutivo o statuto di un ente che in previsione del conflitto rimanda le

zione in materia civile e commerciale, in GU L 136 del 24 maggio 2008, e la disciplina italiana dell'istituto, tra le opere collettanee, si segnalano AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, S. Sica, Torino, 2010, AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010.

⁸ Art. 1, paragrafo 2, direttiva 2008/52/CE.

⁹ Sulla disciplina italiana della mediazione, AA.Vv., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv. con mod., in l. 98/2013)*, Milano, 2014; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Bologna, 2013.

¹⁰ Art. 5, paragrafo 2, direttiva 2008/52/CE.

¹¹ Art. 2, comma 1, d.lgs. 28/2010.

¹² Art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010.

parti alla mediazione. Dall'altro lato, le modalità di accesso obbligatorio coprono amplissimi spazi, potenzialmente corrispondenti all'intero ambito di tutte le controversie civili e commerciali mediabili. Più precisamente, anzitutto l'obbligatorietà è ravvisabile allorché l'esperimento della mediazione è stato normativamente imposto, quale condizione legale di procedibilità per l'avvio della domanda giudiziale, per una serie amplissima di controversie in materia di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto d'azienda, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, da diffamazione con il mezzo della stampa e con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari¹³. Inoltre, l'obbligatorietà è ravvisabile nell'attribuzione al giudice, anche in grado di appello, del potere di ordinare alle parti di tentare la mediazione, quale condizione di ulteriore procedibilità della domanda giudiziale, da realizzare affinché possa proseguire il processo¹⁴.

Le prescrizioni dell'obbligatorietà legale e giudiziale, insieme ad altre misure costrittive dell'applicazione della mediazione, come anticipato, sono state imposte per l'assoluta necessità, dapprima, di avviare la strutturazione in Italia del sistema della mediazione e, di seguito, di supportarlo attraverso l'effettiva conoscenza e la pratica quotidiana per lo meno fino all'auspicata affermazione di una cultura delle ADR che porti le parti in conflitto a scegliere di utilizzarle volontariamente. L'obbligatorietà della mediazione, più precisamente, è stata disposta per due volte nell'arco di pochi anni a fronte delle riscontrate gravi resistenze e, comunque, delle difficoltà a farvi altrimenti ricorso. La prima volta, l'obbligatorietà legale è stata disposta in sede di attuazione della direttiva europea e ha permesso l'immediata costituzione di organismi di mediazione e di enti di formazione per preparare i nuovi professionisti incaricati della gestione dei procedimenti di mediazione. L'obbligatorietà è rimasta in vigore per circa un anno e mezzo, fintanto che la norma introduttiva¹⁵ è stata dichiarata co-

¹³ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010.

¹⁴ Art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010.

¹⁵ Art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010.

stituzionalmente illegittima con sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale, ancorché per un vizio procedimentale concernente la mancanza di una copertura legislativa del Parlamento¹⁶. La conseguenza pratica della pronuncia di illegittimità, peraltro, è stata quella di determinare l'immediata e sostanziale paralisi del sistema della mediazione, malgrado la perdurante possibilità per le parti in conflitto di accedervi volontariamente. Nel tentativo di dare nuovo slancio alla mediazione, trascorso neppure un anno dalla richiamata sentenza, l'obbligatorietà è stata ripristinata e addirittura rafforzata con la l. 68/2013¹⁷ che ha stabilito l'attuale disciplina, con la previsione espressa di verificarne periodicamente l'attuazione e, comunque, di mantenerla per almeno quattro anni¹⁸. Dall'esame dei dati statistici finora rilevati¹⁹, tuttavia, emerge che le mediazioni obbligatorie continuano a raccogliere il maggior numero di procedimenti, oltre il novanta per cento del totale di quelli finora promossi, mentre rimane scarso il

¹⁶ Sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 6 dicembre 2012, pubblicata con note di I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. Giur.*, 2013, pp. 257 ss.; R. TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega della mediazione obbligatoria: una scelta discutibile*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 67 ss.; F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Società*, 2013, pp. 77 ss.

¹⁷ Legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione con modificazioni del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. In proposito, si segnalano P. FARINA, *Le modifiche al codice di procedura civile e la reintroduzione della mediazione forzata dopo la legge 9 agosto 2013, n. 98*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, pp. 261 ss.

¹⁸ Art. 1-bis, d.lgs. 28/2010.

¹⁹ In base all'art. 11, del decreto ministeriale del 18 ottobre 2010 n. 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, il Ministero della Giustizia insieme a quello dello Sviluppo economico procedono alla rilevazione statistica delle procedure di mediazione promosse in Italia e alla pubblicazione dei relativi dati. Le ultime rilevazioni statistiche disponibili riguardano il periodo marzo 2012 – marzo 2015 e sono pubblicate sul sito web istituzionale dell'apposito servizio attivato presso il Ministero della Giustizia: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20al%2031%20marzo%202015.pdf>.

contributo offerto dalle mediazioni volontarie attivate mediante le restanti modalità facoltativa e concordata di accesso.

Quanto alle regole di funzionamento della mediazione, la disciplina italiana presenta contenuti assai significativi e alcuni aspetti critici, soprattutto nell'applicazione riferita ai consumatori. Anzitutto, assume rilievo il carattere normalmente oneroso del servizio di mediazione fruibile a pagamento dalle parti, ancorché sulla base di un regime tariffario calmierato e con alcune esenzioni per le persone non abbienti²⁰. Il procedimento di mediazione ha adesso la durata massima di tre mesi²¹ e si distingue in due fasi: una programmatica e l'altra di merito. Nella prima è previsto che entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza si tenga un incontro di programmazione²² diretto a fornire le informazioni sulla funzione e le modalità di svolgimento della mediazione per ottenere il consenso di tutte le parti affinché si possa passare alla seconda fase, nella quale il mediatore cerca di favorire la ricerca dell'accordo che ponga fine alla controversia. Durante la seconda fase, di autentica mediazione, si possono utilizzare sia le tecniche facilitative, dirette a favorire un accordo amichevole, e sia quelle aggiudicative attraverso la formulazione da parte del mediatore di una proposta risolutiva scritta alla quale le parti possono aderire entro un breve termine di sette giorni²³. Infine, sono previste una serie di sanzioni processuali ed economiche a carico della parte che ingiustificatamente non partecipi alla mediazione²⁴ ovvero non accetti l'eventuale proposta scritta formulata dal mediatore²⁵. Nel procedimento di mediazione, ancora, è stato imposto alle parti di avvalersi dell'assistenza legale obbligatoria degli avvocati²⁶, i quali possono attribuire natura esecutiva all'accordo conciliativo raggiunto dalle parti, sottoscrivendolo anch'essi e attestando che

²⁰ Art. 17, d.lgs. 28/2010 e art. 16, d.m.180/2010, con tabella allegata A.

²¹ Art. 6, d.lgs. 28/2010, quale modificato dalla l. 68/2013, che ha ridotto l'iniziale termine di durata massima della mediazione indicato in 4 mesi.

²² Art. 8, comma 2, d.lgs. 28/2010.

²³ Art. 11, d.lgs. 28/2010.

²⁴ Art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. 28/2010.

²⁵ Art. 13, d.lgs. 28/2010.

²⁶ Art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010.

lo stesso accordo rispetta le norme imperative e l'ordine pubblico²⁷. In mancanza di siffatta attestazione degli avvocati, l'accordo conciliativo può conseguire forza esecutiva attraverso l'omologa concessa dal presidente del tribunale all'esito di un duplice vaglio di regolarità procedurale e contenutistico²⁸.

La gestione delle procedure è affidata agli organismi di mediazione che si avvalgono dei mediatori accreditati presso i corrispondenti registri pubblici statali tenuti dal competente Ministero della Giustizia²⁹. Ogni organismo per essere accreditato, tra i vari requisiti richiesti, deve avere la disponibilità di almeno cinque mediatori³⁰ e, inoltre, ciascun mediatore può collaborare con più organismi, ma non più di cinque³¹. La parte istante che promuove la mediazione è libera di scegliere se rivolgersi a uno tra gli organismi accreditati, che abbiano sede nel distretto del territorio del Tribunale competente per il giudizio³². Nei registri ministeriali, peraltro, accanto alla sezione generale di iscrizione, si prevedono sezioni speciali, con requisiti specifici, per gli organismi e i mediatori che si occupano delle mediazioni internazionali³³ e dei consumatori³⁴. Per gli organismi più grandi, sia quelli pubblici gestiti dalle camere di commercio³⁵ e dagli ordini professionali degli avvocati³⁶, sia quelli privati costituiti dalle società più solide³⁷, infine, è prevista l'articolazione interna in varie sezioni giuridiche specializzate per materia e settore³⁸, con possi-

²⁷ Art. 12, d.lgs. 28/2010, quale modificato dalla l. 68/2013. Sul punto, M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. decreto del fare*, in *judicium.it*.

²⁸ Art. 12, d.lgs. 28/2010.

²⁹ Art. 3, d.m. 180/2010.

³⁰ Art. 4, comma 2, lett. f), d.lgs. 28/2010.

³¹ Art. 6, comma 3, d.m. 180/2010.

³² Art. 4, comma 1, d.lgs. 28/2010.

³³ Art. 3, comma 3, Sez. B, d.m. 180/2010.

³⁴ Art. 3, comma 3, Sez. C, d.m. 180/2010.

³⁵ Art. 19, d.lgs. 28/2010.

³⁶ Art. 18, d.lgs. 28/2010.

³⁷ Art. 16, d.lgs. 28/2010.

³⁸ Art. 7, comma 2, lett. d), d.m. 180/2010.

bili convenzioni esterne di collaborazione con altri organismi e di adesione a reti nazionali e internazionali tematiche³⁹.

La scelta politica italiana di riconoscere alla mediazione un ambito applicativo generale che copre trasversalmente i vari settori delle materie civili e commerciali nelle quali sorgono le controversie da risolvere amichevolmente, comprese quelle consumeristiche, attribuisce all'istituto di matrice europea un ruolo centrale nel sistema di ADR, che ne favorisce l'applicazione e, al contempo, solleva delicati problemi di coordinamento delle differenti normative che si sovrappongono⁴⁰. Poca attenzione, in particolare, è stata riservata nel collegare la riforma della mediazione alle normative consumeristiche europee e, soprattutto, nel verificare se alcune delle prescrizioni imposte dal legislatore italiano siano compatibili con la tutela extragiudiziale dei diritti fondamentali dei consumatori. Le maggiori criticità, invero, concernono proprio l'onerosità e l'obbligatorietà della mediazione, oltre che dell'assistenza legale degli avvocati, e la mancanza di un'adeguata informazione e di un congruo periodo di riflessione per la parte consumatrice alla quale il mediatore rivolga una proposta scritta di risoluzione della controversia.

L'illustrata disciplina della mediazione, di conseguenza, richiede necessari adeguamenti coerenti con le importanti novità normative che più di recente si sono affacciate nell'ordinamento italiano e contribuiscono alla complessiva riconfigurazione del sistema delle tutele extragiudiziali in maniera aperta, pluralista e, per lo meno in ambito consumeristico, volontaristica. Proprio le norme a tutela dei consumatori, infatti, imprimono al sistema una nuova e decisiva svolta scandita tramite l'atteso passaggio dall'obbligatorietà alla volontarietà che contribuisce alla maturazione dell'autentica cultura della mediazione e insieme delle altre ADR.

In questa direzione, per un verso, la mediazione si trova ormai a concorrere con altre misure alternative al processo e, per altro verso, la volontarietà è destinata ad affermarsi anche nella

³⁹ Art. 7, comma 2, lett. c), d.m. 28/2010.

⁴⁰ Quanto al problema del coordinamento tra Ministeri della Giustizia e dello Sviluppo economico delle funzioni di vigilanza del registro pubblico di mediazione con riferimento alla sezione C dedicata alla mediazione nei rapporti di consumo, art. 16, d.lgs. 28/2010, e art. 3, d.m. 180/2010.

disciplina della mediazione, all'esito della prima fase di introduzione e applicazione del rimedio, che il legislatore italiano ha previsto perlomeno per il 2017, se non già dal 2015⁴¹. L'abrogazione dell'obbligatorietà, peraltro, dovrebbe comportare la caduta delle ulteriori misure costrittive dell'applicazione della mediazione, lasciando libero il consumatore di scegliere di avvalersi, sempre su base volontaria, di quella tra le varie ADR che reputi più appropriata.

Tanto trova compiuto riscontro nell'ambito della recente riforma italiana della degiurisdizionalizzazione del contenzioso civile e commerciale⁴², che ha previsto alcune innovative misure di risoluzione alternativa aventi carattere generale, applicabili anche ai consumatori: la negoziazione assistita tramite avvocati e l'arbitrato delegato⁴³. La prima tecnica, di ispirazione francese, è stata introdotta su sollecitazione del mondo forense che avrebbe voluto disporre di una ADR gestita direttamente dagli avvocati, da poter applicare in sostituzione della mediazione. La negoziazione assistita⁴⁴, infatti, costituisce un nuovo procedimento strutturato di dialogo formalizzato e scandito in sequenze temporali predefinite tra le parti in conflitto che sono assistite dai rispettivi avvocati, nel tentativo di raggiungere una soluzione amichevole⁴⁵. L'eventuale

⁴¹ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010, che stabilisce per il 2015 la verifica statistica dei risultati della fase di sperimentazione dell'efficacia dell'obbligatorietà della mediazione che cesserà nel 2017.

⁴² Legge 10 novembre 2014, n. 162 di conversione, con modificazioni, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 recante «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*», pubblicata in G.U. 10 novembre 2014, n. 261.

⁴³ In relazione all'introduzione dei due istituti giuridici, v. S. CHIARLONI, *Minime riflessioni critiche sul trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2015, pp. 221 ss.; P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da praeambolum ad litem ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 2, pp. 514 ss.; L. VIOLA, *Arbitrato in prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione (L.162/2014)*, in *judicium.it.*; V. VIGORITI, *Il "trasferimento" in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza*, in *judicium.it.*

⁴⁴ Artt. 2-11, d.lgs. 132/2014.

⁴⁵ In sintesi, in base ad d.lgs. 132/2014, la convenzione di negoziazione assistita consiste in un accordo mediante il quale le parti convengono di coo-

accordo raggiunto, qualora gli avvocati ne certifichino la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, assume la forza di titolo esecutivo, senza necessità dell'intervento del giudice⁴⁶.

La negoziazione assistita ha un ambito applicativo generale, siccome esteso a tutte le controversie civili e commerciali sui diritti disponibili, comprese quelle dei consumatori. In via di principio l'utilizzazione della misura è volontaria⁴⁷, in quanto lasciata alla libera decisione delle parti, tranne in alcuni importanti casi nei quali è stata imposta per legge come obbligatoria, quale condizione legale di procedibilità dell'azione giudiziale. Sono le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli senza guida di rotaie e natanti e, inoltre, in tutte le domande di pagamento di una somma di denaro, a qualsiasi titolo, non eccedente i cinquantamila euro⁴⁸. In pratica, stante la sovrapposibilità degli ambiti applicativi, la negoziazione assistita e la mediazione si presentano come meccanismi ADR concorrenti che le parti in conflitto possono liberamente scegliere, tranne che nei casi di obbligatorietà di entrambi in cui per legge è stata stabilita la prevalenza della mediazione⁴⁹. Tuttavia, nei confronti dei consumatori, a differenza dell'obbligatorietà della mediazione, la negoziazione assistita è stata configurata in maniera totalmente volontaria⁵⁰, in tal modo lasciando loro la piena libertà di scelta tra la tutela giudiziale e gli altri strumenti alternativi volontari.

perare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati (art. 2, comma 1). La comunicazione dell'invito a concluderla ovvero la sottoscrizione della convenzione producono sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale e impediscono, per una sola volta, lo spirare della decadenza (art. 8). Le parti devono individuare la durata massima della procedura, la quale non può essere inferiore ad un mese né superiore tre mesi, termine prorogabile su intesa delle parti per ulteriori trenta giorni (art. 2, comma 2, lett. b).

⁴⁶ Art. 5, d.lgs. 132/2014.

⁴⁷ Art. 2, comma 1, d.lgs. 132/2014.

⁴⁸ Art. 3, comma 1, d.lgs. 132/2014.

⁴⁹ Art. 3, comma 5, d.lgs. 132/2014.

⁵⁰ Art. 3, comma 1, d.lgs. 132/2014.

La medesima riforma sulla degiurisdizionalizzazione del contenzioso, con la finalità di eliminare l'enorme arretrato esistente, ha pure introdotto il c.d. arbitrato delegato, una misura alternativa che può essere applicata nei processi in corso⁵¹. In tutte le controversie civili e commerciali sui diritti disponibili, pendenti in giudizio anche in fase di appello, il giudice su istanza congiunta delle parti può trasferire la decisione della causa in sede arbitrale, secondo un procedimento speciale affidato alla gestione degli ordini professionali degli avvocati. L'utilizzo dell'arbitrato delegato avviene su base volontaria e, pur non essendo stato esplicitato, riguarda anche le cause con i consumatori. Essi, infatti, potrebbero scegliere di avvalersi dell'arbitrato, tecnica alternativa di natura aggiudicativa che si conclude con una decisione privata, il lodo, avente per legge una forza equiparata alla sentenza giudiziale. L'utilizzo dell'arbitrato per i consumatori, secondo l'opinione tuttora prevalente in Italia⁵², suscita forti perplessità e notevoli resistenze, per il paventato rischio del vuoto di tutela conseguente alla rinuncia alla giurisdizione. Tanto emerge dal rigoroso regime legale delle clausole arbitrali con le quali i contraenti concordano di rinunciare preventivamente alla tutela giudiziale in favore dell'arbitrato, in quanto considerate vessatorie in base sia alla tradizionale disciplina generale dei contratti del codice civile⁵³ e sia alla disciplina di matrice europea dei contratti dei consumatori, confluita nel codice del consumo⁵⁴. Siffatte valutazioni negative, tuttavia, paiono superate con riferimento all'arbitrato delegato per varie ragioni legate sia all'attualità del conflitto e sia alle garanzie che circondano la scelta di passare dal processo all'arbitrato. Sotto il primo profilo, infatti, non solo la controversia è già insorta ma il relativo giudizio deve essere già instaurato, in quanto oramai penden-

⁵¹ Art. 1, d.lgs. 132/2014.

⁵² Per un sintetico e recente quadro dei principali orientamenti in merito all'utilizzabilità dello strumento arbitrale da parte dei consumatori, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, pp. 997 ss.; C. ZOPPÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, 2, pp. 107 ss.

⁵³ Art. 1341, comma 2, codice civile.

⁵⁴ Artt. 33, comma, lett. t), codice del consumo.

te in primo grado, se non addirittura in appello. Sotto i restanti profili, si rileva, in primo luogo, come sia l'autorità giudiziaria a disporre, con l'accordo delle parti contendenti, l'uscita della lite dalla giurisdizione e, in secondo luogo, come l'arbitrato delegato si debba svolgere nel rispetto delle speciali norme procedurali e di quelle di diritto sostanziale⁵⁵. In questi termini, pertanto, è da ritenere che l'accesso all'arbitrato delegato sia pienamente consentito anche al consumatore, il quale ancora una volta esercita, con le garanzie giudiziali e legali richiamate, la libertà di scelta del meccanismo di tutela che ritiene più adeguato.

In sintesi, l'esame delle discipline più generali finora richiamate denota la progressiva affermazione in Italia di un insieme di misure di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione, che sono applicabili anche ai consumatori e che attribuiscono loro un'ampia libertà di scelta. Le opzioni multiple concesse ai consumatori, peraltro, oltrepassano le richiamate ADR generali, in quanto comprendono anche i vari sistemi di tutela extragiudiziale che negli anni si sono sviluppati in ambito consumeristico, aventi portata sia trasversale che settoriale, tanto di elaborazione nazionale, quanto di matrice europea⁵⁶.

3. *Le ADR per i consumatori più applicate: la negoziazione paritetica e la conciliazione telefonica.* – L'evoluzione complessiva dell'ordinamento giuridico e degli strumenti di tutela, da tempo anche in Italia, ha evidenziato l'inadeguatezza dell'impostazione normativa tradizionale incentrata sul principio cardine dell'egualianza formale e, quindi, sull'indistinzione dei soggetti, tutti destinatari della medesima disciplina contrattuale e processuale di carattere generale, senza distinzioni e graduazioni rispetto alle molteplici situazioni di asimmetria strutturale riscontrabili soprattutto nelle relazioni economiche tra professionisti e consumatori⁵⁷. Su impulso delle istituzioni europee, a cominciare dagli anni ottanta

⁵⁵ Art. 1, comma 1, d.lgs. 132/2014.

⁵⁶ M. MARIANELLO, *I procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbl. contr.*, 2011, 7, pp. 530 ss.

⁵⁷ Tra i tantissimi contributi, G. ALPA e M. BESSONE, *La "Carta europea" dei consumatori*, in *Riv. soc.*, 1974, pp. 361 ss.; B. CAPPONI, *Il "libro verde" sull'ac-*

del secolo scorso si è registrata l'affermazione legislativa del fenomeno del consumerismo, con la graduale introduzione nell'ordinamento italiano di numerosissime normative sia trasversali che settoriali rivolte ai rapporti di consumo. Con il processo legislativo di integrazione europea si apportano nuovi contenuti normativi spesso di carattere derogatorio rispetto alle più risalenti discipline generali dei codici civile e del processo civile, che oramai assurgono a fonti residuali. Le principali normative consumeristiche sono poi confluite nel codice del consumo⁵⁸, che finalmente ha dato organicità e sistematicità alle numerose discipline, raccordandole alle restanti fonti giuridiche generali e settoriali dell'ordinamento⁵⁹. Il codice del consumo, infatti, è stato collegato alla disciplina generale sui contratti del codice civile⁶⁰ ed affiancato da altre raccolte sistematiche di normative settoriali in materia: assicurativa⁶¹, bancaria⁶², finanziaria⁶³ e turistica⁶⁴. In ciascun testo

cesso dei consumatori alla giustizia, in *Documenti giustizia*, 1994, pp. 361 ss.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 1996; V. ZENO ZENCOVICH e M.C. Paglietti, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 5, pp. 20216 ss.

⁵⁸ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206. Per un commento sistematico delle disposizioni della codificazione, AA.VV., *Codice del consumo* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005; AA.VV., *Codice del consumo, commentario* a cura di G. Vettori, Padova, 2007; AA.VV., *Codice del consumo* a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009; AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori* a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010.

⁵⁹ In proposito, AA.VV., *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore* a cura di G. Vettori, Padova, 2013.

⁶⁰ Art. 1469-*bis*, codice civile, che stabilisce il criterio di prevalenza delle disposizioni del codice del consumo e di quelle maggiormente favorevoli per i consumatori.

⁶¹ Codice delle assicurazioni private, introdotto con il decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209.

⁶² Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, introdotto con il decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

⁶³ Testo unico delle disposizioni in materia finanziaria introdotto con decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

⁶⁴ Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, introdotto dal decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79.

normativo, inoltre, sono previsti degli strumenti extragiudiziali di tutela del consumatore e degli altri contraenti deboli: assicurati e danneggiati⁶⁵, clienti⁶⁶, investitori⁶⁷ e turisti⁶⁸ che contrattano con le controparti professionali, le imprese e gli intermediari operanti nel settore.

Siffatte discipline speciali, tuttavia, non possono più essere considerate marginali, né tantomeno eccezionali in quanto costituiscono una parte integrante e in continua espansione dell'ordinamento giuridico, che oramai si sostanzia in un sistema aperto nelle fonti e pluralista nei contenuti riconducibili a molteplici discipline concorrenti. Siffatto pluralismo permea pure le tutele extragiudiziali, che si presentano in rapida evoluzione grazie alla combinazione delle normative consumeristiche trasversali e settoriali che favoriscono l'introduzione di soluzioni innovative e per tanti aspetti integrate. Pertanto, si aprono crescenti spazi di tutela, giudiziale ed extragiudiziale, che rimettono ai consumatori e, più in generale, ai contraenti deboli nei rapporti squilibrati con le controparti professionali l'esercizio della libertà di scelta tra una pluralità concorrente di rimedi, assai differenziati nelle regole di accesso e funzionamento.

In ambito consumeristico, anche nell'ordinamento italiano si delineano con chiarezza i contorni di un sistema aperto di tutele, con una molteplicità di soluzioni extragiudiziali delle controversie, ancorché alcune soltanto abbiano finora avuto effettiva applicazione, mentre la gran parte delle altre sono rimaste solo a livello di previsione normativa. Conviene prendere le mosse dalla negoziazione paritetica, che costituisce la più importante tecnica compositiva elaborata in Italia nel settore delle telecomunicazioni e poi estesa a numerosi altri settori di relazioni tra le grandi imprese e la clientela del mercato finale⁶⁹. Il principale

⁶⁵ Artt. 7 (Reclami) e 143 ss. (Procedure liquidative), d.lgs. 209/2005.

⁶⁶ Art. 128-bis (Risoluzione delle controversie), d.lgs. 385/1993.

⁶⁷ Art. 32-ter (Risoluzione stragiudiziale di controversie), d.lgs. 58/1998.

⁶⁸ Art. 67 (Composizione delle controversie in materia di turismo), d.lgs. 79/2011.

⁶⁹ Sulle origini e l'affermazione di questo istituto giuridico, C. VACCÀ, *La "negoziazione paritetica"*, in *I contratti*, 2011, 10, pp. 965 ss.

gestore nazionale delle telecomunicazioni insieme alle associazioni dei consumatori più rappresentative alla fine degli anni ottanta del secolo scorso costruiscono su base volontaria e in maniera condivisa un sistema risolutivo extragiudiziale semplice, rapido e gratuito per i consumatori e, più in generale, per tutti i fruitori dei servizi telefonici⁷⁰. La procedura si incentra sull'assistenza prestata da una commissione collegiale paritetica, composta in pari misura dai rappresentanti dell'azienda e dell'associazione dei consumatori, che viene incaricata di esaminare il caso controverso e cercare di favorire una soluzione consensuale, eventualmente anche attraverso la formulazione di una proposta risolutiva rivolta al cliente che rimane sempre libero di accettarla o meno. La presenza di una commissione paritetica, rappresentativa degli interessi contrapposti di entrambe le parti, in pratica, costituisce il tratto qualificante di questa procedura, che assume natura volontaria e carattere gratuito per la clientela che se ne avvale. Alla libera decisione del cliente, infatti, sono lasciate l'attivazione della procedura, come pure la sua prosecuzione e l'eventuale esito positivo da raggiungere approvando, tramite accordo, la soluzione conciliativa favorita o proposta dalla commissione paritetica.

In mancanza di una normativa che la disciplinasse, la negoziazione paritetica si fonda sulla stipula di protocolli convenzionali tra l'impresa e le associazioni dei consumatori, che si impegnano a partecipare alla gestione della procedura, condividendo le regole di funzionamento attraverso un regolamento preventivamente concordato e portato a conoscenza del pubblico degli utenti, i quali possono accedere al servizio conciliativo gratuitamente. Per i vantaggi offerti, oltre che per i buoni risultati raggiunti e il notevole gradimento incontrato tra gli utenti, siffatta procedura consensuale è stata adottata da numerose altre aziende e si è ampiamente diffusa in tanti settori, finendo per affermarsi anche a livello nazionale come una delle migliori prassi di risoluzione amichevole dei conflitti. Con il passare del tempo, i

⁷⁰ Sull'iniziale accordo per la negoziazione paritetica tra la SIP e le dodici più rappresentative associazioni dei consumatori, R. GIACANI, *Telecom Italia e le associazioni dei consumatori*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 1999, 2, pp. 90 ss.; A. FRATICELLI, *Forme "convenzionali" di soluzione alternativa: il caso SIP-Associazioni dei consumatori*, in *Quaderni dell'avvocatura*, 1993, pp. 172 ss.

protocolli della conciliazione paritetica si sono standardizzati e uniformati a parametri qualitativi, che spesso sono stati avallati dalle autorità di garanzia preposte al controllo del mercato nei vari settori economici.

L'attivazione della negoziazione paritetica, fatta espressamente salva dalla disciplina della mediazione⁷¹, inoltre, è stata prevista in numerose carte dei servizi pubblici e privati, che obbligano quanti operano professionalmente sul mercato a mettere gratuitamente a disposizione del cliente questa modalità di soluzione amichevole della controversia. Se i vantaggi in termini di volontarietà, flessibilità, semplicità e accessibilità sono chiari, altrettanto palesi sono i potenziali profili di criticità legati alle fonti di finanziamento e ai gravi rischi di perdita dei requisiti di qualità della procedura. La circostanza che la commissione paritetica sia rappresentativa dei due contrapposti interessi in conflitto, invero, non è sufficiente ad assicurare il corretto funzionamento della procedura conciliativa. Sono indispensabili, infatti, requisiti aggiuntivi e forme di controllo più rigorose che garantiscano l'effettiva indipendenza e autonomia della commissione e, in particolare, permettano ai suoi componenti di essere svincolati dall'influenza dell'azienda e dell'associazione che li hanno nominati. Per la conciliazione paritetica, così come per le altre procedure ADR italiane, si ripropone l'esigenza di garantire l'osservanza dei parametri generali e specifici di qualità stabiliti dalle nuove normative consumeristiche europee, in modo da riuscire a ottenere, nell'ordine, sia l'accreditamento amministrativo e sia il gradimento dei consumatori, titolari del diritto di compiere in maniera libera e consapevole la scelta delle tutele che stimano come più appropriate.

Nell'iniziale corpo del codice del consumo italiano hanno trovato espressa e diretta affermazione i principi generali in materia di ADR. Anzitutto, si è stabilito che nei rapporti tra consumatore e professionista, entrambe le parti possono avviare le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, anche in via telematica⁷². In secondo luogo, si dispone che non

⁷¹ Art. 2, comma 2, d.lgs. 28/2010.

⁷² Art. 140 (Composizione extragiudiziale delle controversie), codice del consumo. In merito a tale disciplina, S. BARTOLOMUCCI, in *Codice del consumo* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, cit., pp. 859 ss.; V. FARINA, in *Codice del*

sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso agli organismi che si conformano alle nuove disposizioni codicistiche. Infine, compare l'espressa precisazione che il consumatore non può essere privato del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale. All'apertura legislativa di segno pienamente favorevole alle ADR, tuttavia, non ha corrisposto l'affermazione dei sistemi di risoluzione extragiudiziale dedicati ai consumatori, perché sono mancati sia l'attuazione amministrativa delle disposizioni sulla costituzione degli organismi incaricati⁷³, sia il coinvolgimento del mondo professionale. Nel codice del consumo, infine, è stato previsto lo svolgimento su base volontaria di una procedura conciliativa con riguardo all'azione giudiziale inibitoria a tutela degli interessi collettivi dei consumatori riconosciuta alle corrispondenti associazioni⁷⁴. Mentre le disposizioni codicistiche sulla risoluzione extragiudiziale, comprese quelle sulla conciliazione collettiva, sono rimaste sostanzialmente inattuatae negli anni, un successo decisamente maggiore hanno avuto altre procedure ADR settoriali, per le quali si è registrato un diretto intervento pubblico sia nel dettare una specifica disciplina di funzionamento e sia nella predisposizione di un'organizzazione pubblica per l'erogazione del servizio di risoluzione extragiudiziale delle controversie accessibile sul territorio italiano.

Tra le ADR che operano negli ambiti settoriali, la principale segnalazione riguarda il servizio di risoluzione stragiudiziale di com-

consumo a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, cit., pp. 785 ss.; S. BENUCCI, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Vettori, cit., pp. 1080 ss.

⁷³ I Ministeri italiani competenti non hanno sostanzialmente compiuto le attività amministrative occorrenti, ai sensi dell'art. 140, comma 2, codice del consumo, per l'accreditamento degli organismi ADR in conformità alle disposizioni europee vigenti. L'unico riconoscimento legislativo operato direttamente dal codice (comma 3), infatti, è stato effettuato per gli organi arbitrali e conciliativi istituiti presso le camere di commercio, ai sensi dell'art. 2, comma 4, legge 29 dicembre 1993, n. 580 di riforma del sistema camerale.

⁷⁴ Art. 140, codice del consumo, che prescrive alcune regole procedurali di funzionamento della conciliazione collettiva: competenza degli organismi della camera di commercio e delle altre istituzioni accreditate, durata massima del procedimento fissata in sessanta giorni e possibilità di attribuire forza esecutiva all'accordo conciliativo tramite omologa del presidente del Tribunale competente per territorio.

petenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni⁷⁵ che, in conformità alle norme interne ed europee, ha provveduto a disciplinarlo⁷⁶, avvalendosi per la gestione degli organismi ausiliari costituiti dai Comitati regionali di comunicazione (CO.RE.COM.), in maniera tale riuscire ad operare in tutte le regioni del territorio italiano. I CO.RE.COM. utilizzano risorse economiche e funzionari pubblici da impiegare nell'erogazione del servizio di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti, o loro categorie, e operatori professionali del settore, oltre che tra gli stessi operatori. L'espletamento del tentativo di conciliazione, della durata massima di trenta giorni, è stato per legge reso obbligatorio⁷⁷, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria⁷⁸. La prescrizione italiana dell'obbligatorietà della conciliazione ha superato il vaglio della Corte di Giustizia⁷⁹ che l'ha ritenuta coerente con il diritto europeo in quanto, da un lato, non è risultata lesiva in maniera significativa del diritto del cliente di rivolgersi al giudice e, dall'altro, è apparsa giustificata dall'utilità generale che realizza. Se l'obbligatorietà ha certamente determinato l'applicazione diffusa della ADR, l'esame statistico degli esiti delle

⁷⁵ L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è stata istituita con la legge 31 luglio 1997, n. 249, che le ha attribuito varie competenze (art. 1), compresa quella per la risoluzione stragiudiziale delle controversie (comma 11) e per la tutela dei consumatori e gli utenti (comma 12).

⁷⁶ Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, disponibile sul sito web istituzionale dell'Autorità garante: <http://www.agcom.it>.

⁷⁷ Art. 1, comma 1, l. 249/1997.

⁷⁸ Sulla conciliazione telefonica, l'obbligatorietà, le caratteristiche e la disciplina del procedimento, R. GRISAFI, *L'illusoria consistenza della volontà contrattuale nei servizi telefonici non richiesti. La conciliazione obbligatoria dinanzi al Co.re.com.*, in *La responsabilità civile*, 3, 2011, pp. 178 ss.; G. VANACORE, *Le controversie tra utenti e le imprese di telecomunicazioni*, in *La responsabilità civile*, 11, 2012, pp. 759 ss.

⁷⁹ Corte di Giustizia Ce, sentenza 18 marzo 2010 nelle cause riunite C-317, 318, 319, 320/08, Alassini e altri c. Telecom Italia Spa e Wind Spa, pubblicata in *Il corriere giuridico*, 10, 2010, pp. 1289 ss., con nota di commento di G. Rizzo, *L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di telecomunicazioni e utenti finali*.

procedure dimostrano come, in termini percentuali, il numero degli accordi di conciliazione finora raggiunti sia molto alto e, comunque, i risultati ottenuti dalla conciliazione telefonica appaiono nel complesso soddisfacenti. In tal senso, probabilmente hanno contribuito al successo sia la garanzia pubblica di gestione e controllo del servizio conciliativo, sia la grande disponibilità degli operatori economici, interessati a trovare con i clienti una soluzione condivisa delle controversie. Il carattere fortemente competitivo del settore della telefonia, specie quella mobile, spinge tutti i gestori a seguire la via della conciliare quasi sempre come strategia diretta alla conservazione, oltre che al miglioramento dei rapporti con la clientela.

Un analogo tentativo obbligatorio di conciliazione, per legge è stato previsto nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, che avrebbe però dovuto disciplinarne le modalità di funzionamento e, inoltre, provvedere alla gestione del servizio di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti finali ed operatori economici⁸⁰. La mancata emanazione della normativa regolamentare ad opera dell'Autorità competente, ha impedito il funzionamento dei servizi di risoluzione extragiudiziale e, inoltre, lasciato facoltativo l'esperimento del tentativo di conciliazione, in base alle restanti disposizioni di carattere generale⁸¹. Solo di recente, finalmente si è provveduto all'attivazione dei vari servizi di risoluzione stragiudiziale per i settori interessati, in conformità alle normative nazionali ed europee sopraggiunte, avviando una fase di sperimentazione delle attività di conciliazione insieme alla negoziazione paritetica tra operatori e associazioni dei consumatori.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 2, comma 24, legge 14 novembre 1995, contenente norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'istituzione della corrispondente Autorità, stabilisce un tentativo obbligatorio di conciliazione, quale condizione legale di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie tra utenti finali e operatori economici. La norma, inoltre, ha affidato alla medesima autorità la competenza adottare una disciplina regolamentare del servizio conciliativo che, inoltre avrebbe dovuto provvedere a gestire al proprio interno, dopo una prima fase di affidamento agli organismi ADR delle camere di commercio.

⁸¹ Sul punto, Cass. Civ., sez. III, 17 maggio 2007, n. 11452, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2008, pp. 17 ss., con nota di V. GALATRO.

In ambito bancario e finanziario, infine, si sono sviluppate altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra le quali meritano di essere segnalate quelle che sono state incardinate presso le Autorità di vigilanza di settore: Banca d'Italia e Commissione nazionale per le società e la borsa. In attuazione della recente novellazione del t.u. delle disposizioni legislative in materia bancaria e creditizia⁸², infatti, è stata emanata una normativa regolamentare delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra operatori economici e clienti che è stata affidata alla gestione di un organismo controllato e supportato nel funzionamento dalla Banca d'Italia: l'arbitro bancario e finanziario, che prevede tre articolazioni territoriali⁸³. Malgrado la denominazione, la snella procedura ADR attivabile dal cliente non ha carattere aggiudicativo, in quanto la decisione giuridica motivata non ha forza vincolante per nessuna delle parti, neppure l'operatore economico che è solamente tenuto a parteciparvi⁸⁴. Nel settore finanziario, sempre in base a una recente normativa⁸⁵, è stata istituita una camera di conciliazione a arbitrato presso la CONSOB, per la risoluzione extragiudiziale

⁸² In base all'articolo 128-bis, d.lgs. 385/1993, inserito dall'art. 29, l. 262/2005, sostituito dall'art. 4, comma 3, d.lgs. 141/2010, infatti, si prevede l'emanazione della disciplina regolamentare sui criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati, oltre che la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

⁸³ Sono i collegi arbitrali di Milano, Roma e Napoli.

⁸⁴ Sul sistema dell'arbitro bancario e finanziario, A. SCOTTI, voce «A.B.F. e rapporti bancari», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. comm., Agg. VI*, 2012, pp. 3 ss.; A. SCARPA, *Strumenti di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr impr.*, 2013, 1, pp. 137 ss.; I.A. GAGGIANO, *Esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ comm.*, II, 2015, pp. 439 ss.

⁸⁵ Sulla Commissione di conciliazione a arbitrato presso la CONSOB, la cui istituzione è stata prevista dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, v. P. BARTOLOMUCCI, voce «Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob», in *Digesto IV ed., Disc. Priv., sez. comm., Agg. VI*, Torino, 2012, pp. 77 ss.; N. SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *I contratti*, 4, 2009, pp. 423 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob*, in *I contratti*, 12, 2008, pp. 1078.

diziale delle controversie promosse dagli investitori contro gli intermediari, aventi ad oggetto la violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza. La stessa CONSOB ha emanato la disciplina regolamentare delle procedure⁸⁶, offrendo il supporto della struttura e dei mezzi occorrenti per il funzionamento. La procedura è attivabile solo dall'investitore, riveste natura conciliativa e, su concorde richiesta delle parti, può contemplare la formulazione di una proposta di risoluzione da approvare. Entrambe le procedure, per i rispettivi settori, possono sostituire la mediazione civile e commerciale nell'assolvere alla condizione legale di procedibilità della domanda giudiziale stabilita dalla legge per le controversie sui contratti bancari e finanziari⁸⁷.

In definitiva, malgrado nell'ordinamento italiano esistano varie tecniche extragiudiziali di risoluzione delle controversie destinate ai consumatori, nell'insieme le stesse finora hanno ricevuto scarsa e disomogenea applicazione. La valutazione critica, come anticipato, non si riferisce solo alla conciliazione in generale, le cui norme contenute nel codice del consumo sono rimaste praticamente sulla carta, ma si estende alla gran parte delle ADR settoriali, fatta eccezione appunto per la conciliazione telefonica imposta per legge. Nonostante la tendenza alla limitazione dell'accesso alla tutela giudiziale, i consumatori italiani continuano a utilizzare in minima parte gli strumenti alternativi esistenti e, sempre più di frequente, decidono di non attivare alcuna tutela. La rinuncia a tutelare i propri diritti, come risaputo, è assai frequente nelle controversie di modico valore e non riguarda solo la giurisdizione, che registra in Italia il notevole incremento dei costi processuali a carico delle parti, ma anche i principali strumenti alternativi extragiudiziali fruibili a pagamento, quali sono la mediazione, la negoziazione assistita e l'arbitrato. Tali sistemi, infatti, sono onerosi e, malgrado il regime calmierato, potrebbero risultare inaccessibili per una gran parte dei consumato-

⁸⁶ Regolamento n. 18275 del 18 luglio 2012.

⁸⁷ Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010. Sul punto, E. CAPOBIANCO, *Arbitrato e conciliazione. La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Obbl. contr.*, 8-9, 2010, pp. 571 ss.

ri, soprattutto in periodi di forte crisi economica come sono quelli correnti. D'altronde, per garantire il diritto dei consumatori di accedere gratuitamente ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, in conformità alle prescrizioni europee che si stanno attuando, occorre affrontare il delicato problema dell'individuazione delle fonti di finanziamento e dei meccanismi di ripartizione delle risorse tra gli organismi accreditati, in maniera da garantire l'ampia concorrenza e il corretto funzionamento dei servizi extragiudiziali di qualità.

In un siffatto quadro normativo e applicativo, in conclusione, si colloca il recepimento delle più recenti discipline europee sulle ADR e ODR per i consumatori⁸⁸, che pur stabilendo un quadro omogeneo di tutele lasciano ampi margini di autonomia ai legislatori nazionali.

4. Le principali opzioni italiane nel recepimento della direttiva 2013/11/UE. – L'attuazione in Italia della direttiva ADR per i consumatori, malgrado il suo approccio di armonizzazione sostanzialmente minima⁸⁹, determina la complessiva revisione dei precedenti sistemi nazionali di tutela, assai arretrati e poco sviluppati, che sono perciò tutti da reimpostare dalle fondamenta per essere finalmente adeguati e strutturati in conformità ai nuovi principi di qualità elaborati dalle istituzioni europee⁹⁰. Per riusci-

⁸⁸ La direttiva 2013/11/UE (ADR per i consumatori) e il regolamento (UE) n. 524/2013 (ODR per i consumatori), entrambi emanati il 21 maggio 2013 dalle istituzioni europee, costituiscono strumenti legislativi complementari, che introducono un sistema di principi e regole comuni per le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie nazionali e transfrontaliere. La direttiva stabilisce i requisiti armonizzati per gli organismi e le procedure ADR, in maniera tale che i consumatori di tutti i Paesi dell'Unione abbiano accesso a sistemi compositivi extragiudiziali di qualità. Il regolamento, che entrerà in vigore il 9 gennaio 2016, prevede l'istituzione da parte della Commissione europea per tutta l'Unione di una piattaforma web ODR che fornisca ai consumatori e ai professionisti un unico punto di accesso per la risoluzione extragiudiziale delle controversie on line, collegato agli organismi accreditati che offrono procedure ADR di qualità.

⁸⁹ Art. 2, paragrafo 3, direttiva 2013/11/UE.

⁹⁰ Sui principali contenuti della direttiva, v. F.P. Luiso, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir.*

re a realizzare pienamente gli obiettivi indicati dalla direttiva, l'innalzamento della protezione dei consumatori e lo sviluppo del mercato interno, specie quello transfrontaliero ed elettronico, si è dovuto optare per l'adozione di una pluralità di interventi normativi che nell'insieme coinvolgono tante fonti giuridiche statali: legislative, governative e regolamentari delle autorità competenti nei vari settori del mercato.

L'importante riforma consumeristica, infatti, si presenta in termini fortemente trasversali e innovativi, dal momento che si sviluppa sul delicato crinale del diritto pubblico e privato e determina una profonda revisione delle stesse tradizionali impostazioni, oltre che dei consolidati assetti processuali e sostanziali delle tutele. Nel recepimento della direttiva, all'introduzione delle nuove disposizioni sull'armonizzazione dei requisiti qualitativi degli organismi e delle procedure ADR per i consumatori, infatti, si accompagna una più ampia attività di revisione giuridica che tanto il legislatore, quanto l'interprete sono impegnati a svolgere al fine di ottenere l'adeguamento complessivo dell'ordinamento italiano vigente. L'innovativa normativa europea, per tanti aspetti, impone di procedere al ribaltamento di alcuni principi consolidati e, quindi, all'aggiornamento delle corrispondenti disposizioni presenti in numerose discipline nazionali, non solo generali, ma anche settoriali e speciali. Più alla radice, la direttiva alimenta un cambiamento radicale nel tradizionale approccio giudiziale al conflitto, attraverso la configurazione, strutturazione e controllo amministrativo della gestione dei rinnovati sistemi compositivi di qualità ai quali i consumatori possono liberamente rivolgersi in maniera gratuita. L'apertura della nuova prospettiva rimediale pervade l'intero ordinamento giuridico statale e costringe a ripensarne in chiave evolutiva fondamento e contenuti, alla luce delle nuove tutele extragiudiziali che le norme europee vogliono garantite in tutti i Paesi dell'Unione, a prescindere dal Paese di residenza dei consumatori che vi accedono. Affinché

proc. civ., 4, 2014, pp. 1299 ss.; T. ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 831 ss.; T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *judicium.it*; F. MANOLITA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in *judicium.it*; C. PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2012.

l'attuazione della direttiva 2013/11/UE sia effettiva e, quindi, si riescano a realizzare davvero gli importanti obiettivi perseguiti, non basta perciò l'attività di revisione dei testi normativi compiuta dal legislatore nazionale. Si impone pure un deciso cambiamento di mentalità, tanto nella visione culturale quanto nella gestione professionale delle controversie che, probabilmente, richiederà ancora degli anni per diffondersi in Italia e per garantire la concreta tutela dei diritti fondamentali dei consumatori nell'ambito dell'intero mercato interno dell'Unione.

Cominciando dal piano delle fonti giuridiche, la direttiva da recepire si riferisce alle discipline consumeristiche che, per più profili, rientrano nelle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato italiano⁹¹. A differenza di quanto accade in altri Stati europei a matrice federalista o autonomista, pertanto, in Italia si delinea un'unica disciplina legislativa generale per l'intero territorio nazionale. Nel recepimento della direttiva, perciò, si garantisce la certezza giuridica, in termini di tendenziale unicità della fonte e dei contenuti legislativi generali. Tale opzione legislativa, peraltro, contempla la previsione di plurime sottodeclinzioni regolamentari e amministrative per ambiti applicativi settoriali, che rispondono all'esigenza di dare flessibilità e specializzazione alle differenti tipologie di ADR per i consumatori. L'adozione dell'importante riforma è perciò scandita attraverso una successione di fonti giuridiche che articolano il processo di revisione normativa che precede, accompagna e segue l'approvazione delle disposizioni legislative. Per avere la concreta applicazione e verificare il corretto funzionamento dei sistemi ADR di qualità, infatti, si richiedono ulteriori fasi di emanazione delle discipline settoriali, di adeguamento amministrativo e organizzativo delle varie autorità competenti, oltre che l'effettiva sperimentazione delle nuove prassi applicative ad opera degli organismi incaricati della gestione delle procedure ADR da parte dei consumatori nei confronti dei professionisti. Tant'è che nel varare

⁹¹ L'attuazione della direttiva 2013/11/UE rientra nella competenza legislativa esclusiva dello stato, ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 2, poiché coinvolge diverse materie ad essa riservata: l'ordinamento civile (lett. l), la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale (lett. m), la tutela del risparmio e della concorrenza (lett. e).

la riforma strutturale si ipotizzano le attività di costante monitoraggio⁹² e di periodica revisione del funzionamento dei sistemi ADR⁹³, al fine di apportare i necessari correttivi e introdurre le conseguenti migliorie.

Più precisamente, il Parlamento italiano, con l'art. 8 della legge 7 agosto 2014, n. 154⁹⁴, ha per tempo delegato il Governo al recepimento della direttiva 2013/11/UE, senza limitarsi a rinviare al necessario rispetto dei principi e criteri direttivi di ordine generale stabiliti nelle normative sovraordinate, costituzionali, internazionali ed europee⁹⁵, ma introducendo l'osservanza di alcuni principi e criteri speciali concernenti, da un lato, l'inserimento della negoziazione paritetica tra le procedure consumeristiche di risoluzione alternativa delle controversie⁹⁶ e, dall'altro, l'esclusione di nuovi e maggiori oneri economici a carico dello Stato e delle amministrazioni pubbliche⁹⁷. Sotto entrambi i profili, emergono precise scelte politiche che orientano la riforma italiana delle ADR dei consumatori in termini di salvaguardia e continuità di funzionamento delle precedenti tutele extragiudiziali⁹⁸, ma allo stesso tempo sollevano criticità nel coordinamento delle discipline e problemi di sostenibilità economica del sistema. Seppure con un breve ritardo rispetto alla scadenza imposta dall'Unione euro-

⁹² Art. 19, paragrafo 3, direttiva 2013/11/UE.

⁹³ Artt. 20, paragrafo 6, e 26, direttiva 2013/11/UE.

⁹⁴ La legge 7 agosto 2014, n. 154, recante la Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre, contiene l'art. 8 dedicato ai Principi e criteri direttivi per il recepimento della direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE - direttiva sull'ADR per i consumatori.

⁹⁵ Art. 8, comma 1, legge 154/2014.

⁹⁶ Art. 8, comma 1, lett. a) e b), legge 154/2014.

⁹⁷ Art. 8, comma 2, legge 154/2014.

⁹⁸ In questo senso, la stessa direttiva 2013/11/UE, al considerando 15, ipotizzava che lo sviluppo delle ADR per i consumatori all'interno dell'Unione si dovesse fondare sulle procedure ADR che già esistono negli Stati membri e rispettare le loro tradizioni giuridiche, avvalendosi di organismi sia esistenti che nuovi, che però soddisfino i requisiti di qualità stabiliti nella stessa direttiva.

pea⁹⁹, la direttiva è stata attuata in Italia mediante l'emanazione del decreto legislativo delegato n. 130 del 6 agosto 2015¹⁰⁰, con entrata in vigore dal 3 settembre 2015¹⁰¹.

Sul piano sistematico, anzitutto, è da segnalare l'apprezzabile scelta governativa di collocare la nuova disciplina generale di matrice europea all'interno della sede più consona costituita dal codice del consumo, mediante la realizzazione di un ampio intervento di novellazione legislativa. L'utilizzazione della fonte codicistica conferma tutta l'importanza attribuita anche in Italia alla riforma delle ADR per i consumatori, come pure significativa si dimostra la collocazione della corrispondente normativa all'interno della parte V, dedicata alle *"Associazioni dei consumatori e all'accesso alla giustizia"*, che finalmente permette di sviluppare un concetto davvero aperto e pluralista di giustizia, non ridotto alla giurisdizione. L'interessante apertura di prospettiva risulta altresì confermata dall'introduzione di un nuovo Titolo II-*bis* rubricato *"Risoluzione extragiudiziale delle controversie"*, composto di una decina di articoli (141-141-*decies*), in sostituzione di quello previgente (art. 141) rimasto inattuato e dedicato alla sola conciliazione. Con la recente novellazione, il codice del consumo italiano, a distanza di un decennio dalla sua emanazione, rilancia l'assoluta centralità acquisita nella sistematica delle fonti nell'ordinamento italiano,

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 25, direttiva 2013/11/UE, entro il 9 luglio 2015 gli Stati membri avrebbero dovuto mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva, dandone immediata comunicazione alla Commissione.

¹⁰⁰ Il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130, recante l'attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 191 del 19 agosto 2015, disponibile sul sito web istituzionale: http://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario.

¹⁰¹ Art. 2, comma 2, d.lgs. 130/2015, che stabilisce altresì che entro la stessa data e successivamente in relazione a qualsiasi cambiamento sopravvenuto, tramite il punto di contatto unico, saranno trasmessi alla Commissione europea i dati disponibili e i successivi aggiornamenti, tra l'altro, in ordine al testo delle disposizioni del medesimo decreto legislativo e delle altre disposizioni essenziali di diritto interno adottate e, soprattutto per la normativa secondaria e la regolamentazione amministrativa di settore, ancora in massima parte da adottare da parte delle autorità competenti.

raccogliendo la nuova disciplina di carattere organico e di portata generale applicabile a tutte le ADR per i consumatori, che si raccorda non solamente alle discipline consumeristiche contenute all'interno dello stesso codice, ma anche a numerose altre fonti esterne. Tra di esse, anzitutto, assumono rilievo le fonti legislative concernenti i sistemi ADR di portata più ampia, a cominciare dalla mediazione, riferiti a tutte le controversie in materia civile e commerciale, che si devono perciò raccordare con le disposizioni della novella codicistica. Sono altresì da considerare le fonti settoriali, sia legislative che soprattutto regolamentari, alle quali la medesima novella rimanda in più punti per l'introduzione di ulteriori discipline amministrative di dettaglio che saranno emanate dalle autorità competenti. Finalmente, si delineano con compiutezza i contorni di un articolato quadro normativo dedicato ai differenti sistemi ADR di qualità offerti su base volontaria ai consumatori che il legislatore italiano intende costruire in conformità alle prescrizioni europee, declinate mediante l'esercizio delle varie opzioni facoltative lasciate aperte dalla direttiva da attuare.

Passando al piano dei contenuti della riforma italiana, accanto all'inserimento delle nuove definizioni¹⁰², le iniziali disposizioni generali indicano con precisione gli ambiti applicativi per quanto attiene sia alle procedure e sia agli organismi ADR. La nuova disciplina del titolo II-*bis* del codice del consumo, sotto il primo profilo, si riferisce espressamente alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione Europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole. Sotto il secondo profilo, sono presi in considerazione gli organismi di mediazione e quegli altri organismi ADR istituiti o iscritti presso le autorità competen-

¹⁰² L'art. 141, commi 1, 2 e 3, codice del consumo, ripropone le definizioni contenute nell'art. 4 della direttiva 2013/11/UE. Merita di essere segnalato che, nel rimandare alla definizione consolidata di consumatore accolta nell'art. 3, comma 1, lett. a) del codice del consumo, il legislatore italiano non ha ritenuto di riprendere normativamente le indicazioni estensive della direttiva (considerando 18) concernenti la stipulazione di contratti a duplice scopo (in parte interni e in parte esterni all'attività commerciale) che, quindi, costituiranno un criterio ermeneutico rimesso all'applicazione dell'interprete.

ti, previa la verifica della sussistenza dei requisiti e della conformità della propria organizzazione e delle proprie procedure alla prescrizione del medesimo titolo II-bis¹⁰³. Pertanto, l'Italia non ha ritenuto di esercitare l'opzione attribuita dalla direttiva¹⁰⁴ di prevedere organismi che abbiano facoltà di imporre una soluzione e, di conseguenza, non sono state recepite le corrispondenti norme che stabilivano specifici requisiti di libertà¹⁰⁵ e legalità¹⁰⁶. Quantomeno per i consumatori, quindi, le procedure ADR accreditabili sono soltanto quelle che portano una soluzione consensuale, ottenuta con l'impiego sia delle tecniche facilitative finalizzate alla ricerca di un accordo amichevole tra le parti e sia delle tecniche valutative che si concretano nella formulazione di una proposta risolutiva che però il consumatore è sempre libero di accettare o meno. In relazione a queste ultime procedure, in conformità alle corrispondenti prescrizioni europee¹⁰⁷, gli organismi ADR devono offrire garanzie rafforzate alle parti, in termini sia di maggiori informazioni, che di possibilità di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura e di rivolgersi all'autorità giudiziaria, oltre che di espresso riconoscimento del diritto di disporre di un periodo di riflessione ragionevole prima di accogliere una soluzione proposta o di acconsentire a una soluzione amichevole¹⁰⁸. In base alla disciplina legislativa generale, l'esclusione delle procedure ADR aggiudicative, ossia che impongono una soluzione, tuttavia, deve ritenersi operante solamente nei confronti del consumatore, non anche della controparte professionista. In tal senso, infatti, si deve concludere per l'ammissibilità delle procedure ADR che portano soluzioni aventi natura ibrida, consensuale per il consumatore, al quale perciò si deve sempre chiedere di esprimere il consenso, e aggiudicativa per il professionista, destinatario della decisione dell'organismo¹⁰⁹.

¹⁰³ Art. 141, comma 4, codice del consumo.

¹⁰⁴ Art. 2, paragrafo 4, direttiva 2013/11/UE.

¹⁰⁵ Art. 10, paragrafo 2, direttiva 2013/11/UE.

¹⁰⁶ Art. 11, direttiva 2013/11/UE.

¹⁰⁷ Art. 9, paragrafo 2, direttiva 2013/11/UE.

¹⁰⁸ Art. 141-*quater*, comma 5, codice del consumo.

¹⁰⁹ L'art. 141, comma 4, del codice del consumo, tra l'altro, stabilisce che la nuova disciplina legislativa trovi applicazione alle eventuali procedure nelle

La nuova disciplina delle ADR per i consumatori, inoltre, viene espressamente estesa a una serie di procedure ADR già presenti in Italia, in quanto si uniformino ai requisiti di qualità introdotti in attuazione della direttiva 2013/11/CE¹¹⁰. Tra le ADR esistenti, in primo luogo, è stata richiamata la mediazione civile e commerciale per la trattazione degli affari in materia di consumo, che prevede l'iscrizione degli organismi all'apposita sezione speciale del registro ministeriale¹¹¹. Si richiamano altresì tutte le restanti procedure ADR settoriali affidate agli organismi istituiti o iscritti presso gli elenchi tenuti e vigilati dalle varie autorità competenti. Nel corpo della novella del codice del consumo, infatti, sono state effettuate sia l'indicazione delle autorità competenti¹¹² e sia l'affidamento alle stesse dei principali compiti regolamentari e amministrativi nella gestione dell'elenco degli organismi ADR incaricati delle controversie nazionali e transfrontaliere oggetto della nuova disciplina, per quanto attiene alla definizione del procedimento di iscrizione e verifica dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità, nonché del rispetto del principio di tendenziale non onerosità del servizio per il consumatore, la vigilanza, la cooperazione¹¹³ e l'interazione con il punto di contatto unico della Commissione europea e l'informazione da rivolgere al pubblico¹¹⁴.

La medesima disciplina codicistica, inoltre, richiama nuovamente la mediazione civile¹¹⁵, insieme alla conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche¹¹⁶ e nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema

quali, in base alla normativa regolamentare emanata dalle singole autorità competenti, l'organismo ADR adotta una decisione. La decisione è però da ritenere vincolante nei soli confronti del professionista, mentre in tutti i casi il consumatore deve esprimere la sua adesione.

¹¹⁰ Art. 141, comma 4, codice del consumo.

¹¹¹ Ai sensi dell'art. 16, commi 2 e 4, d.lgs. 28/2010.

¹¹² Art. 141-*octies*, codice del consumo.

¹¹³ Art. 141-*septies*, codice del consumo.

¹¹⁴ Artt. 141-*nonies* e 141-*decies*, codice del consumo.

¹¹⁵ Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010.

¹¹⁶ Art. 1, comma 11, l. 249/1997.

idrico¹¹⁷, a proposito delle uniche fattispecie espressamente fatte salve di obbligatorietà della partecipazione del consumatore alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie¹¹⁸. Si stabilisce, inoltre, che le varie Autorità nei rispettivi settori di competenza possano disciplinare procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie che, nel rispetto delle disposizioni del titolo II-*bis* del codice del consumo, stabiliscano, se del caso, la partecipazione obbligatoria del solo professionista¹¹⁹. In buona sostanza, con le sole limitazioni richiamate, la riforma stabilisce il generale principio di volontarietà dell'accesso alle ADR per i consumatori, in maniera tale da garantire sia la libertà di scelta tra plurime tutele giudiziali ed extragiudiziali e sia la concorrenza competitiva tra le procedure e gli organismi ADR. Si manifesta, anche sul punto, l'asimmetria delle regole procedurali delle ADR a seconda delle parti, consumatore o professionista. Sempre sul piano contenutistico, la principale opzione esercitata dal legislatore italiano è stata quella di considerare, ai sensi della direttiva¹²⁰, le c.d. negoziazioni paritetiche quali procedure ADR svolte dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista, a condizione che siano rispettati tutti i requisiti di qualità prescritti dalla medesima direttiva, sia quelli generali di competenza, indipendenza e trasparenza di cui ai paragrafi 1 e 5 dell'art. 6, sia quelli specifici indicati al paragrafo 3 dello stesso articolo. All'interno del codice del consumo, alle negoziazioni paritetiche è stata dedicata un'apposita disciplina, dai contenuti assai puntuali e rigorosi¹²¹. All'imposizione legislativa di ciascuno dei predetti requisiti di qualità, testualmente ripresi dalle prescrizioni europee, infatti, sono state aggiunte forti limitazioni al campo applicativo di tali procedure ADR, al fine di assicurare la

¹¹⁷ Art. 2, comma 24, lett. b), l. 481/1995.

¹¹⁸ L'obbligatorietà della negoziazione assistita, in base alla disciplina già illustrata**, non trova applicazione nei confronti dei consumatori.

¹¹⁹ Art. 141-*bis*, comma 7, codice del consumo.

¹²⁰ Art. 2, paragrafo 2, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

¹²¹ Art. 141-*ter*, codice del consumo.

migliore affidabilità delle stesse attraverso la garanzia della più ampia rappresentatività nazionale dei consumatori. Innanzitutto, l'utilizzazione della negoziazione paritetica non è aperta a tutte le associazioni dei consumatori e degli utenti, ma risulta legislativamente circoscritta a quelle maggiormente rappresentative a livello nazionale e iscritte nell'apposito albo pubblico tenuto dal Ministero dello sviluppo economico¹²². In base alla medesima disciplina codicistica¹²³, si stabilisce ancora che assumono rilievo esclusivamente le procedure di negoziazione paritetica che soddisfino almeno uno dei seguenti parametri di ulteriore affidabilità: siano disciplinate da protocolli di intesa stipulati tra i professionisti o loro associazioni e un numero non inferiore a un terzo delle associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative a livello nazionale (e perciò iscritte presso l'apposito albo ministeriale), ovvero da protocolli di intesa stipulati nel settore dei servizi pubblici locali secondo i criteri di rappresentatività siglati nell'intesa raggiunta in sede di conferenza unificata tra Stato, Regioni, Città e Autonomie locali nel 2013¹²⁴. Tanto per l'ambito privato quanto per quello pubblico, pertanto, l'applicazione della negoziazione paritetica è stata ancorata alla sussistenza di più solide garanzie esterne. Senza dubbio, l'imposizione di siffatte garanzie rafforzate, da ritenere aggiuntive rispetto ai requisiti di qualità imposti dalla direttiva per tali procedure ADR, segnalano le gravi preoccupazioni che per lo stesso legislatore italiano circondano l'utilizzazione delle negoziazioni paritetiche per i consumatori, malgrado le stesse costituiscano una consolidata *best practice* di elaborazione nazionale¹²⁵.

¹²² Elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'art. 137, codice del consumo.

¹²³ Art. 141-ter, comma 2, del codice del consumo.

¹²⁴ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 254 del 29 ottobre 2013.

¹²⁵ La conciliazione paritetica italiana, peraltro, è stata contemplata dal Parlamento europeo nella risoluzione del 25 ottobre 2011 (2011/2117(INI)) sui metodi di risoluzione alternativa delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, quale esempio di migliore prassi, basata su un protocollo stipulato e sottoscritto dall'azienda e dalle associazioni di consumatori, in cui l'azienda si impegna in anticipo a ricorrere all'ADR per risolvere le eventuali controversie che possano sorgere nei settori contemplati dal protocollo.

Per quanto attiene all'ambito applicativo della nuova disciplina, sempre in conformità alla direttiva¹²⁶, il legislatore italiano ha ritenuto infine di esplicitare che le disposizioni codicistiche della riforma non precludono il funzionamento di eventuali organismi ADR in cui i funzionari pubblici sono incaricati della gestione delle controversie e considerati rappresentanti degli interessi sia dei consumatori e sia dei professionisti¹²⁷. L'attivazione, come pure il funzionamento di questi organismi pubblici è stata però circondata da precise cautele, in quanto per legge viene comunque subordinata all'adozione della normativa regolamentare e dei provvedimenti delle autorità competenti nei rispettivi settori. La stessa novella del codice, peraltro, sembrerebbe ammettere che tali organismi pubblici possano oltrepassare la delimitazione dell'ambito applicativo generale della riforma sulle ADR per i consumatori, che in Italia ha riproposto testualmente tutte le fattispecie di esclusione indicate nel paragrafo 1, dell'art. 1 della direttiva¹²⁸. In tali fattispecie, sempre che sussista la normativa regolamentare di settore, non vi sarebbe la preclusione alla gestione delle procedure ADR ad opera degli organismi pubblici in questione. Per gli stessi, così come per la negoziazione paritetica, in realtà, la soluzione legislativa italiana che ne ammette l'utilizzazione, pur con l'introduzione delle cautele segnalate, si dimostra pienamente coerente con l'opzione più generale di creare un sistema quanto più aperto ad una pluralità di soluzioni accessibili volontariamente dai consumatori. A costoro, in ultima analisi, si intende rimettere la libertà di scelta tra gli organismi e le procedure ADR che meglio garantiscano l'effettiva qualità del servizio compositivo dei conflitti.

Quanto ai requisiti applicabili agli organismi ADR, il legislatore italiano ha ritenuto di esercitare l'ulteriore opzione rimessa alla discrezionalità degli Stati membri dalla direttiva¹²⁹ di prevedere ipotesi in cui gli stessi organismi ADR possano mantenere o introdurre norme procedurali che consentano loro di rifiutare il

¹²⁶ Considerando 24, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁷ Art. 141, comma 9, codice del consumo.

¹²⁸ Art. 141, comma 8, codice del consumo.

¹²⁹ Art. 5, paragrafo 4, direttiva 2013/11/UE.

trattamento di una determinata controversia. Più precisamente, in base alla novella del codice del consumo¹³⁰, l'esercizio di una siffatta facoltà è stata circondata da numerose limitazioni di tipo sostanziale e procedurale che potrebbero finire per ridurre fortemente, se non addirittura per eliminare sostanzialmente, l'autonomia procedurale riconosciuta sul punto agli organismi ADR. Anzitutto, si stabilisce che occorre verificare in maniera preventiva l'esistenza di diverse – più restrittive o addirittura contrarie – prescrizioni contenute in altre norme applicabili ovvero nelle deliberazioni delle autorità di regolazione del settore. Inoltre, le norme procedurali adottabili dagli organismi ADR possono permettere di rifiutare il trattamento della procedura solo per i casi espressamente indicati nella direttiva e sempreché sia fornita ad entrambe le parti una spiegazione motivata delle ragioni della sua decisione entro 21 giorni dal ricevimento del fascicolo del reclamo¹³¹. In ogni caso, in conformità alla prescrizioni della direttiva, si precisa che le norme procedurali degli organismi che contemplino una siffatta facoltà di rifiuto non devono nuocere in modo significativo all'accesso da parte dei consumatori alle procedure ADR, compreso il caso di controversie transfrontaliere¹³². Quanto alle fattispecie passibili di rifiuto, il legislatore italiano si è praticamente limitato all'integrale riproposizione dell'elencazione presente nella fonte europea¹³³, ritenendo preferibile affidare alla normativa speciale e ai provvedimenti delle autorità competenti l'eventuale introduzione di indicazioni più puntuali per ciascun settore. Non sono state stabilite per legge neppure le soglie di valore monetario della controversia, costituenti i limiti minimo e massimo, che potrebbero giustificare il rifiuto della procedura da parte dell'organismo ADR, essendosi la novella del codice limitata ad aggiungere il criterio funzionale che le norme procedurali non devono essere tali da nuocere in modo significativo all'accesso del consumatore al trattamento

¹³⁰ Art. 141-*bis*, comma 2.

¹³¹ L'art 5, paragrafo 4, della direttiva indica il termine di tre settimane che, per ragioni di certezza di computo, è stato reso dal legislatore italiano in ventuno giorni, ai sensi dell'art. 141-*bis*, comma 3, codice del consumo.

¹³² Art. 141-*bis*, comma 3, codice del consumo.

¹³³ Art. 5, paragrafo 4, lett. a), b), c), d), e) e f).

dei reclami¹³⁴. Nel rispetto di siffatto parametro inderogabile, probabilmente il legislatore ha ritenuto che le profonde differenziazioni esistenti tra i vari settori di mercato giustificassero l'esigenza di flessibilità e, perciò, fosse preferibile anche sul punto affidare la determinazione delle soglie di valore alle varie autorità competenti. In questo modo, la disciplina legislativa del codice del consumo ha mantenuto il suo carattere generale e l'opzione aperta che si rivolge ad una pluralità di soluzioni, sia in base alle normative settoriali, che alle decisioni organizzative dei diversi organismi accreditati che intendono competere nell'erogare le prestazioni ADR per il consumatori. L'introduzione di siffatte limitazioni procedurali da parte degli organismi ADR, infatti, è lasciata alla valutazione discrezionale e alla strategia gestionale che gli stessi organismi intendono attuare nell'offrire le proprie procedure ADR ai consumatori che vogliono accedervi.

Con particolare riferimento alle controversie transnazionali, la riforma italiana¹³⁵ stabilisce che, salvo quanto disposto dalla normativa di settore, i consumatori possono rivolgersi al Centro nazionale della rete europea dei consumatori (ECC-NET), per essere assistiti nell'accesso all'organismo ADR che opera in un altro Stato membro ed è competente a trattare la loro controversia transfrontaliera. Il medesimo Centro nazionale, inoltre, è stato designato anche come punto di contatto ODR ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori. Sempre con riguardo alle controversie transfrontaliere, la riforma vuole agevolare tramite le Autorità nazionali la cooperazione tra i vari organismi ADR, anche favorendo l'adesione alle reti europee di settore¹³⁶.

¹³⁴ Art. 141-*bis*, comma 3, codice del consumo.

¹³⁵ Art. 141-*sexies*, comma 5. La soluzione è stata dettata dall'esigenza di contenere gli oneri necessari all'istituzione di un altro organismo e, al contempo, di sfruttare le esperienze e le sinergie derivanti dall'utilizzazione dell'attività finora svolta da altro organismo già operante in attuazione degli obblighi di partecipazione alla predetta rete europea. Le funzioni di Centro nazionale della rete europea per i consumatori, nell'ambito di un quadro programmatico triennale, sono state affidate al Centro europeo dei consumatori Italia (CEC) costituito dalle associazioni ADICONSUM nazionale e CTCU di Bolzano.

¹³⁶ Art. 141-*septies*, codice del consumo.

Le opzioni legislative esercitate nella novella del codice del consumo¹³⁷, quanto alle autorità competenti e punto di contatto unico, sono coerenti con il complessivo assetto pluralistico che negli anni si era delineato in materia di sistemi generali e speciali di risoluzione alternative delle controversie. Più precisamente, sono state designate più autorità competenti, ciascuna per il rispettivo settore, senza limitarsi all'indicazione di quelle sole sei autorità presso le quali sono già funzionanti ed operative procedure ADR, ma prevedendone delle altre in ragione dell'auspicabile allargamento dei settori interessati dalla riforma. La disciplina legislativa generale, anche su questi aspetti, conferma l'impostazione pluralista che vuole garantire l'ampia concorrenza e la maggiore flessibilità tra le offerte di organismi e procedure ADR accessibili ai consumatori nei vari ambiti e settori di mercato. L'elenco delle autorità competenti, perciò, riflette l'assetto esistente delle ADR, a cominciare dalla prima designazione del Ministero della giustizia, unitamente al Ministero dello sviluppo economico, con riferimento al registro degli organismi di mediazione, relativo alla materia del consumo¹³⁸, per proseguire con lo stesso Ministero dello sviluppo economico per le negoziazioni paritetiche nei settori non regolamentati o per i quali le relative autorità indipendenti di regolazione non applicano o non adottano specifiche disposizioni. Sono state altresì designate quali autorità, per i rispettivi settori di competenza, la Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB)¹³⁹, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI)¹⁴⁰, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)¹⁴¹ e la Banca d'Italia per i sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie disciplinati dal testo unico della materia¹⁴². Infine, in via

¹³⁷ Art. 141-*opties*, codice del consumo.

¹³⁸ Art. 16, commi 2 e 4, d.lgs. 28/2010.

¹³⁹ Ai sensi dell'art. 1, legge 7 giugno 1974, n. 216.

¹⁴⁰ Ai sensi dell'art. 2, legge 14 novembre 1995, n. 481.

¹⁴¹ Ai sensi dell'art. 1, legge 31 luglio 1997, n. 249.

¹⁴² Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, all'art. 128-*bis* prevede i sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie del settore.

residuale e con formula aperta, la novella legislativa opera la designazione delle altre autorità amministrative indipendenti di regolazione di specifici settori, qualora disciplinino specifiche procedure ADR in base alle proprie competenze.

Il ruolo preminente riconosciuto al Ministero dello sviluppo economico in base alla riforma è ampiamente confermato dal codice del consumo¹⁴³. In primo luogo, attraverso la designazione dello stesso Ministero quale punto di contatto unico per la Commissione europea, che provvede a trasmetterle gli elenchi degli organismi ADR predisposti dalle autorità competenti¹⁴⁴, oltre che a pubblicare e trasmettere, con cadenza quadriennale, una relazione sullo sviluppo o sul funzionamento degli organismi ADR¹⁴⁵. Al Ministero dello sviluppo economico spetta ancora il compito di convocare e coordinare l'istituto tavolo di coordinamento e di indirizzo, composto da un rappresentante per autorità, con il fine di definire uniformità di indirizzo appunto nel compimento delle funzioni delle medesime autorità competenti¹⁴⁶. Al tavolo sono assegnati compiti di definizione dei principali indirizzi in materia, in relazione all'attività di iscrizione e di vigilanza delle autorità competenti, nonché ai criteri generali di trasparenza e imparzialità, e alla stessa misura dell'indennità dovuta per servizio prestato dagli organismi ADR.

Infine, quanto all'apparato sanzionatorio applicabile in caso di violazione delle nuove disposizioni, in ossequio alla direttiva¹⁴⁷, l'opzione legislativa è stata quella di presidiare l'attuazione della riforma delle ADR per i consumatori mediante un rafforzamento delle tutele principalmente su due distinti versanti, rispettivamente, del riconoscimento della legittimazione collettiva delle associazioni dei consumatori e del coinvolgimento dell'autorità pubblica preposta al controllo del corretto funzionamento del mercato. Da un lato, il codice del consumo ha esteso la legittimazione delle associazioni dei consumatori all'esercizio del-

¹⁴³ Art. 141-*octies*, comma 2.

¹⁴⁴ Art. 141-*decies*, comma 6.

¹⁴⁵ Art. 141-*decies*, comma 8.

¹⁴⁶ Art. 141-*octies*, comma 3.

¹⁴⁷ Art. 21, direttiva 2013/11/UE.

l'azione inibitoria nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori anche nella materia di cui al regolamento europeo ODR¹⁴⁸. Inoltre, si è attribuita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁴⁹ la competenza per l'applicazione delle sanzioni a carico delle imprese che violino gli obblighi informativi imposti dalla novella legislativa del codice del consumo¹⁵⁰. L'attribuzione del potere sanzionatorio è coerente con le funzioni già esercitate dalla medesima Autorità sulla trasparenza delle relazioni commerciali tra consumatori e professionisti¹⁵¹ e si dimostra pienamente funzionale alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla riforma¹⁵². Il rafforzamento del controllo pubblico sull'esecuzione degli obblighi di informazione da parte dei professionisti, insieme all'attuazione delle misure di trasparenza imposta agli organismi ADR, infatti, dovrebbe garantire ai consumatori di esercitare in maniera libera e consapevole il fondamentale diritto di accedere alle procedure ADR e, se ritenute soddisfacenti, di condurle a termine ed eventualmente condividere le soluzioni raggiunte.

5. Valutazioni d'insieme, profili critici e questioni lasciate aperte dalla riforma italiana delle ADR. – L'illustrazione delle principali opzioni esercitate con la novella del codice del consumo permette di esprimere le prime impressioni d'insieme sull'importante riforma varata in Italia, con l'indicazione degli elementi che appaiono più significativi, comprese le criticità e le questioni la-

¹⁴⁸ Art. 139, comma 1, codice del consumo.

¹⁴⁹ Art. 66, comma 2, codice del consumo.

¹⁵⁰ Art. 141-*sexies*, commi 1, 2 e 3.

¹⁵¹ Art. 66, comma 1, codice del consumo.

¹⁵² L'adeguamento del codice del consumo, anche sul punto delle violazioni degli obblighi di informazione da parte dei professionisti, esprime una visione aperta e pluralista degli strumenti di tutela, ai quali il consumatore ha diritto di accedere. L'art. 66, comma 5, così come riformato, infatti, salvaguarda espressamente sia la giurisdizione del giudice ordinario, sia il ricorso a tutti i sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie accreditati in base alla nuova disciplina delle ADR per i consumatori, e non più la sola conciliazione presso le camere di commercio.

sciate aperte. Soltanto con il tempo, all'esito della verifica dei risultati pratici ottenuti, si raggiungeranno valutazioni più approfondite, da apprezzare attraverso un confronto con le corrispondenti esperienze degli altri Paesi dell'Unione.

Sul piano legislativo, nell'insieme la riforma appena approvata pare corrispondere all'obiettivo europeo indicato all'art. 1 della direttiva 2013/11/UE di garantire che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione delle controversie. Il recepimento della direttiva, infatti, ha permesso la configurazione legislativa di un sistema aperto e pluralistico di organismi e di procedure ADR che, all'esito della necessaria fase di loro adeguamento alle norme interne attuative dei parametri europei, dovrebbero garantire ai consumatori l'accesso a numerosi meccanismi extragiudiziali di qualità. Nel codice del consumo, inoltre, sono stati raccolti i principi fondamentali e le norme principali che corrispondono alle garanzie essenziali che sostanziano lo statuto giuridico del diritto spettante a tutti i consumatori di accedere ai sistemi ADR di qualità. La novella codicistica del titolo II-*bis* sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie contiene un'organica disciplina unitaria che si presenta in termini generali e, per tanti aspetti, ancora astratti in attesa dell'emanazione delle normative secondarie e dei provvedimenti amministrativi delle autorità competenti nei vari settori. L'adozione degli ulteriori atti giuridici attuativi contribuisce a dare la necessaria concretezza, flessibilità e completezza alla riforma, sviluppandola in maniera adeguata in tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico italiano. In tal modo, nel rimodulare per ciascun settore di mercato il contenuto generale delle prescrizioni legislative, si adeguano le garanzie di qualità che gli organismi e le procedure ADR devono rispettare e, corrispondentemente, i consumatori possono pretendere di accedere ai servizi di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Solamente all'esito di questa ipotizzata fase di adeguamento normativo e amministrativo, infatti, potrà dirsi effettivamente realizzata in Italia la completezza dei servizi ADR per i consumatori, in conformità alla prescrizione europea¹⁵³. Sul

¹⁵³ Considerando 25, direttiva 2013/11/UE.

punto, infine, merita di essere segnalato che la riforma italiana non ha ritenuto di provvedere, neppure in via transitoria, alla costituzione di un organismo ADR residuo, per trattare controversie per le quali nessun altro organismo specifico è competente. La direttiva¹⁵⁴, infatti, precisa che pur non essendo gli Stati membri obbligati a creare ADR specifici per ogni settore del commercio al dettaglio, ove necessario, per assicurare una copertura settoriale e geografica totale nell'accesso alle ADR, avrebbero potuto provvedere alla costituzione di un organismo residuo. Gli organismi residui, infatti, costituiscono una garanzia per i consumatori e professionisti che non sussistano lacune nell'accesso ai servizi ADR. Probabilmente, prima della piena entrata in funzione della riforma, la gran parte delle procedure ADR saranno promosse dai consumatori, in forza delle prescrizioni di obbligatorietà salvaguardate, davanti agli organismi già esistenti e quelli aventi competenza generale e trasversale, che per primi si adegueranno ai nuovi parametri qualitativi.

Nell'insieme, quanto ai principi che l'hanno ispirata, la riforma legislativa italiana pare rispondere essenzialmente al cardine volontaristico, che pervade l'intera disciplina delle ADR per i consumatori e attribuisce un'innovativa configurazione liberale ai contenuti della loro tutela extragiudiziale. Per lo meno, allorché la riforma sarà compiutamente attuata, l'accesso su base volontaria ai sistemi ADR di qualità per i consumatori si sostanzia e compone nel diritto di compiere una serie di opzioni, riferite ad altrettante libere scelte, da compiere prima di iniziare, durante e dopo le procedure ADR. In via esemplificativa, a fronte di una controversia con il professionista, il consumatore esercita la libertà di accedere o meno ai sistemi ADR e, in caso affermativo, può scegliere tra sistemi differenti per organismi e procedure ADR, ancora può liberamente decidere se ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura ovvero portarla avanti sino al termine e, se la completa, altresì rifiutare la soluzione consensuale ovvero accettarla. Coerente con il rispetto del principio volontaristico, infine, è stata la soluzione legislativa italiana di circoscrivere il riconoscimento nel proprio territorio ai soli sistemi ADR che hanno soluzioni condivise dal consumatore, con esclusione

¹⁵⁴ Considerando 24, direttiva 2013/11/UE.

di quelli che le impongono, seppur in astratto previsti come opzionali dalla direttiva per gli Stati membri¹⁵⁵.

La fondamentale opzione volontaristica, peraltro, non risulta scevra da limitazioni dovute alla previsione legislativa di alcune fattispecie di obbligatorietà delle procedure ADR, fatte appunto salve dalla novella del codice del consumo¹⁵⁶, che però non impediscono alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario, determinando al più un brevissimo differimento¹⁵⁷. Il legislatore italiano ha pure ritenuto opportuno ribadire in maniera espressa all'interno della novella del codice del consumo che il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziaria¹⁵⁸. Tali indicazioni sono assai rilevanti ai fini dell'esatta configurazione dei rapporti tra la tutela giurisdizionale e le procedure ADR per i consumatori all'interno di un sistema aperto di giustizia finalmente improntato ai canoni del pluralismo e della volontarietà. In quanto possiedono i requisiti di qualità, le procedure ADR integrano sistemi di giustizia, che sono appunto complementari, nel senso che si aggiungono, rispetto alla via giudiziale, integrando le tutele che lo Stato garantisce ai consumatori. La complementarietà, peraltro, è confermata dalla circostanza che, in conformità alla direttiva europea¹⁵⁹, l'esperimento delle procedure ADR, al pari della proposizione della domanda giudiziale, interrompe la prescrizione e impedisce per almeno una volta la decadenza¹⁶⁰. La complementarietà delle procedure ADR, peral-

¹⁵⁵ Art. 1, paragrafo 4, direttiva 2013/11/UE.

¹⁵⁶ Art. 141, commi 5 e 6, codice del consumo.

¹⁵⁷ Basti in proposito evidenziare che tutte le procedure ADR, in base ai criteri di qualità, devono concludersi entro il termine di novanta giorni, decorrenti dalla data di ricevimento del fascicolo completo da parte dell'organismo ADR, che può prorogarlo di una pari durata in casi di controversie particolarmente complesse, ai sensi dell'art. 141-*quater*, comma 3, lett. e).

¹⁵⁸ Art. 141, comma 10, codice del consumo.

¹⁵⁹ Art. 12, paragrafo, direttiva 2013/11/UE.

¹⁶⁰ Art. 141-*quinquies*, codice del consumo, che lascia decorrere dal ricevimento del reclamo da parte dell'organismo ADR gli effetti interruttivi della prescrizione e, per una volta, quelli di esclusione della decadenza. In caso di

tro, trova ulteriore riscontro nella circostanza che la partecipazione ad esse non preclude la possibilità di chiedere un risarcimento del danno attraverso un normale procedimento giudiziario¹⁶¹.

Dal confronto condotto con le più risalenti riforme della mediazione e della negoziazione assistita, così come della disciplina più risalente della conciliazione telefonica, siccome incentrate sulla prescrizione normativa dell'obbligatorietà delle ADR in funzione deflattiva dei giudizi, si apprezza il cambiamento di strategia politica che percorre la nuova disciplina delle ADR per i consumatori. Il legislatore italiano finalmente punta sulla volontarietà per sostenere l'affermazione di una cultura delle ADR che possano essere spontaneamente utilizzate dai consumatori, scegliendo liberamente tra le varie opzioni di qualità offerte dal sistema aperto e pluralista di procedure e organismi ADR per i consumatori.

Il passaggio culturale è netto e deciso, l'obbligatorietà esaurisce la sua funzione propulsiva del sistema delle ADR, necessaria nella prima fase di avvio e strutturazione dei sistemi compositivi extragiudiziali in Italia, ma che per crescere secondo criteri qualitativi deve soddisfare le esigenze e le preferenze degli utenti. In questa seconda fase, più avanzata e matura, il sistema delle ADR consumeristiche è certamente da riconfigurare in base al principio di volontarietà, più congeniale alla tutela dei diritti dei consumatori, i quali probabilmente sarebbero dissuasi, piuttosto che incentivati, dall'ulteriore protrarsi delle prescrizioni di obbligatorietà. Senza considerare che i nuovi sistemi di ADR e, soprattutto, di ODR per i consumatori hanno dimensione europea e, sempre in tale cornice, si svilupperà un'interessante dinamica competitiva tra le procedure e gli organismi gestori che siano più efficienti. Le residue prescrizioni di obbligatorietà ancora presenti nella legislazione statale italiana e degli altri Paesi dell'Unione, seppur fatte salve dalla direttiva 2013/11/UE, in prosieguo saranno certamente da superare, in quanto fattori perturbatori dell'armonico sviluppo europeo dei sistemi ADR e ODR e, comunque,

fallimento della procedura, inoltre, i termini riprendono a decorrere dalla relativa comunicazione, con mezzi aventi valore di conoscenza legale.

¹⁶¹ Art. 141-*quater*, comma 5, lett. b), n. 2).

ostacoli al pieno esercizio dell'autonomia dei consumatori nella libera dialettica sia con gli organismi che gestiscono i sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie e sia con i professionisti che offrono beni e servizi sul mercato interno europeo.

L'accesso ai sistemi ADR di qualità, nella cornice armonizzata europea, si basa e sviluppa proprio sull'approccio volontaristico che attribuisce all'esercizio del corrispondente diritto dei consumatori ampie possibilità di scelta sia prima della proposizione delle procedure ADR che durante lo svolgimento delle stesse e lo supporta essenzialmente attraverso le informazioni e, più nel complesso, la trasparenza, cui sono tenuti direttamente gli organismi accreditati¹⁶², i centri nazionali della rete europea¹⁶³, nonché le autorità competenti¹⁶⁴, la commissione europea e quanti altri, a vario titolo, contribuiscono alla realizzazione della cooperazione e dell'informazione rivolta al pubblico. Le informazioni che si rendono ai consumatori, evidentemente, sono funzionali al libero e consapevole esercizio dell'accesso ai sistemi ADR, con le molteplici variabili che essi offrono, in ciascuno degli Paesi dell'Unione.

La volontarietà, infine, si riempie dei significati più qualificanti nella dialettica commerciale e nelle relazioni contrattuali di vendita di beni e servizi dei professionisti con i consumatori. Perlomeno in termini generali, la volontarietà dell'accesso ai sistemi ADR riguarda tanto i consumatori quanto i professionisti, malgrado l'applicabilità a questi ultimi di ulteriori fattispecie di obbligatorietà in base alla normativa secondaria¹⁶⁵. Di regola, pertanto, in base alla legislazione nazionale i professionisti restano liberi di accedere o meno ai sistemi ADR nelle controversie con i consumatori. Tuttavia, in conformità alle prescrizioni europee¹⁶⁶, la riforma italiana onera espressamente i professionisti dell'infor-

¹⁶² Art. 141-*quater*, codice del consumo.

¹⁶³ Art. 141-*quinquies*, commi 5, 6 e 7, codice del consumo.

¹⁶⁴ Artt. 141-*sexies*, commi 8 e 9, 141-*decies*, codice del consumo.

¹⁶⁵ Art. 141, comma 7, codice del consumo. Inoltre, nei loro confronti sono meno aperte e garantire rispetto ai consumatori le opzioni volontaristiche nel corso delle procedure ADR, così per la facoltà di ritirarsi dalla procedura v. art. 141-*quater*, comma 5, lett. a), codice del consumo.

¹⁶⁶ Art. 13, direttiva 2013/11/UE.

mazione e dell'assistenza ai consumatori. Più precisamente, i professionisti stabiliti in Italia, che si sono impegnati a ricorrere ad uno o più organismi ADR per risolvere le controversie sorte con i consumatori, sono obbligati a informare questi ultimi in merito all'organismo o agli organismi competenti a risolvere tali conflitti¹⁶⁷. Le informazioni, da fornire in maniera chiara, comprensibile e facilmente accessibile sul sito web del professionista, ove esista, e nelle condizioni generali applicabili al contratto di vendita o di servizi stipulato tra il professionista e il consumatore, eventualmente, si cumulano con quelle da fornire sempre ai consumatori relative al ricorso ai sistemi di risoluzione extragiudiziale stabilite in altri provvedimenti normativi¹⁶⁸. La riforma aggiunge che le medesime informazioni devono essere fornite su supporto cartaceo o altro supporto durevole e contenere la precisazione se il professionista intenda avvalersi dei pertinenti organismi ADR per risolvere la controversia. Tali informazioni devono essere fornite al consumatore qualora non sia possibile risolvere una controversia con il professionista stabilito nel rispettivo territorio a seguito del reclamo presentato dal consumatore direttamente al professionista¹⁶⁹. L'importanza dell'esecuzione di siffatti obblighi da parte del professionista si dimostra fondamentale per la scelta del consumatore, prima che per accedere ai sistemi ADR ai quali aderisce il professionista, per valutare la stessa scelta commerciale di concludere il contratto di vendita dei beni e dei servizi. Tant'è, come già segnalato, che la violazione degli obblighi informativi è stata presidiata dall'apparato sanzionatorio amministrativo. L'indicazione di adesione ai sistemi ADR, infatti, diviene un elemento significativo, che potrebbe divenire addirittura decisivo nelle scelte di acquisto dei consumatori. La corretta e positiva gestione delle ADR da parte dei professionisti, pertanto, è suscettibile di attirare la fiducia della clientela e, quindi, di innescare virtuose dinamiche concorrenziali, specie nella competizione sulle relazioni commerciali transfrontaliere.

¹⁶⁷ Art. 141-*sexies*, comma 1, codice del consumo, che stabilisce che le informazioni includono l'indirizzo del sito web dell'organismo o degli organismi di pertinenza.

¹⁶⁸ Art. 141-*sexies*, commi 2 e 4, codice del consumo.

¹⁶⁹ Art. 141-*sexies*, comma 3, codice del consumo.

L'opzione volontaristica, coerente con le regole della libera circolazione dei beni e dei servizi, compresi quelli di erogazione delle procedure ADR, finisce per integrare e rafforzare la tutela contrattuale dei consumatori e, quindi, favorire il corretto funzionamento del mercato con la scrittura di nuove regole per lo scambio della domanda e dell'offerta. Tant'è vero questo, che la riforma della novella codicistica ha apportato significative novità normative a tutela dell'autonomia contrattuale, proprio con riferimento alla collegata libertà di scelta dei sistemi ADR. Più precisamente, a integrazione dell'ampia elencazione delle clausole abusive nei contratti dei consumatori contenute nella disciplina di matrice europea raccolta nel codice del consumo¹⁷⁰, il legislatore della novella ha stabilito la presunzione della natura abusiva per due ulteriori clausole ritenute eccessivamente restrittive dei diritti del consumatore in materia di ADR. In primo luogo, la vessatorietà è stata stabilita per l'imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo *II-bis* della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR¹⁷¹. L'altra clausola vessatoria è ravvisabile nel rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo *II-bis* della parte V¹⁷². Entrambe le clausole, ritenute vessatorie in quanto introducono un'intollerabile restrizione del fondamentale diritto del consumatore di accedere ai sistemi ADR, sono nulle e perciò prive di effetti. In questo modo, resta integra l'autonomia del consumatore nel rivolgersi ai sistemi ADR. Per le medesime regioni, sono inammissibili le limitazioni all'accesso ai sistemi ADR, come già osservato, stabilite dagli organismi con riferimento alle norme procedurali che permettono di rifiutare la trattazione delle controversie che determino l'effetto di comprimere in maniera significativa il diritto del consumatore di accesso alle ADR. Per tanti versi, queste disposizioni che sanzionano le restrizioni all'accesso, sviluppa-

¹⁷⁰ Art. 32, codice del consumo.

¹⁷¹ Art. 33, comma 2, lett. *v-bis*), codice del consumo.

¹⁷² Art. 33, comma 2, lett. *v-ter*), codice del consumo.

no ulteriormente l'accostamento dei sistemi ADR di qualità alla giurisdizione, nella rinnovata configurazione pluralista dei meccanismi giudiziali ed extragiudiziali della giustizia europea.

Le considerazioni finora svolte permettono di richiamare finalmente la maggiore criticità dell'attuazione della direttiva 2013/11/UE, dovuta alla questione fondamentale lasciata aperta nella riforma italiana delle modalità di finanziamento delle ADR per i consumatori, ai quali deve essere garantito un accesso tendenzialmente gratuito e senza l'imposizione dell'assistenza legale. Sul piano normativo ed economico le questioni sono delicate e complesse, in quanto i sistemi ADR vigenti in Italia sono per tanti aspetti diversi, se non addirittura antitetici. Basti solo pensare, quanto al necessario coordinamento normativo, che la principale ADR applicabile in Italia alla risoluzione extragiudiziale alle controversie in materia civile e commerciale, la mediazione appunto, è tuttora obbligatoria, onerosa e prevede l'assistenza obbligatoria degli avvocati. E' chiaro che questi ultimi due profili devono essere immediatamente eliminati, già in fase di adeguamento amministrativo degli organismi e delle procedure ai requisiti di qualità europei stabiliti dalla novella del codice. Sotto il profilo economico, tuttavia, la gratuità del servizio di mediazione per il consumatore non illumina sui sistemi di finanziamento applicabili. Per altre procedure ADR già accessibili gratuitamente ai consumatori, come nella conciliazione telefonica, i relativi costi sono supportati dall'amministrazione pubblica che gestisce il servizio. La riforma italiana, tuttavia, mediante l'inserimento della clausola finale di invarianza finanziaria¹⁷³, per un verso, ha escluso che dall'attuazione della direttiva possano derivare nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica, e, per altro verso, ha stabilito che le amministrazioni interessate provvederanno agli adempimenti previsti con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili. Non potendo incrementare le risorse pubbliche, le amministrazioni dovranno farsi carico dei nuovi e maggiori compiti in materie di ADR attraverso una razionalizzazione dei servizi e una gestione maggiormente efficiente degli stessi. Nell'insieme, decisa la preferenza espressa dalla riforma italiana

¹⁷³ Art. 3, d.lgs. 130/2015, in conformità al criterio specifico contenuto nella legge delega, art. 8, comma 2, legge 157/2014.

per la negoziazione paritetica, sotto il profilo del reperimento delle risorse, lascerebbe propendere per il finanziamento privato dei corrispondenti sistemi ADR per il tramite delle aziende o della loro associazioni professionali. Una tale indicazione, a prescindere dai rischi già palesati sulla configurazione di siffatta tipologia di ADR, rimane subordinata all'effettiva disponibilità del mondo produttivo a collaborare nei sistemi ADR e a finanziarli. Forte appare il timore che, per lo meno attraverso la sola negoziazione paritetica, si riesca a garantire in tutti i settori e le aree geografiche del Paese l'adeguata qualità dell'offerta di sistemi ADR accessibili per i consumatori. Dall'esame delle fattispecie di obbligatorietà delle ADR per i consumatori, peraltro, parrebbe prospettarsi un sistema misto di finanziamento privato e pubblico, che possa contare anche sull'utilizzazione delle risorse statali che si rendano disponibili attraverso l'auspicabile riduzione del carico giudiziario, favorito dall'affermarsi delle forme complementari di accesso alla giustizia non giurisdizionale¹⁷⁴.

In conclusione, la riforma italiana dei requisiti di qualità delle ADR per i consumatori rimane condizionata nei risultati applicativi dalle soluzioni che si troveranno alla principale incognita legata ai problemi di reperimento delle risorse economiche adeguate.

¹⁷⁴ A quest'ultimo riguardo è sicuramente significativa la previsione normativa che, in relazione alla mediazione, compresa quella consumeristica, prevede che i relativi vantaggi fiscali concessi alle parti si possano finanziare attingendo al fondo unico della giustizia, con il quale lo Stato italiano paga la giurisdizione.

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ*
MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI**

EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN ESPAÑA: ASPECTOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Regulación del sistema arbitral de consumo. - 3. Concepto y características del sistema arbitral de consumo. - 4. Delimitación del sistema arbitral de consumo. - 4.1. Sujetos. - 4.1.1. Consumidor o usuario. - 4.1.2. Empresario. - 4.2. Objeto. - 4.2.1. Materias de libre disposición. 4.2.2. Materias excluidas del arbitraje de consumo. - 5. El convenio arbitral. - 5.1. Pacto expreso. - 5.2. La oferta pública de adhesión. - 5.2.1. Tipos de oferta. - 5.2.2. Las ofertas públicas limitadas. - 5.2.3. Presentación de las ofertas. - 5.2.4. Pérdida de vigencia de las ofertas. - 5.3. Aceptación por el empresario de la sumisión tras la solicitud del consumidor. - 6. Organización del sistema arbitral de consumo. - 6.1. El sistema de arbitraje de consumo como organización administrativa. - 6.1.1. Órganos. - 7. Conclusiones.

1. *Introducción.* – La doctrina suele fijar el Mensaje Especial del Presidente Kennedy de 19 de marzo de 1962 como el inicio del movimiento protector del consumidor, y nadie imaginaba entonces que la protección de tales intereses llegaría a adquirir un papel protagonista en las políticas de los Estados sociales de derecho y, especialmente, en la sociedad del siglo XXI. En efecto, si hay algo que caracterice la práctica de los poderes públicos en los últimos tiempos es el principio *pro consumatore*, conforme al cual la protección del consumidor constituye uno de los valores llamados a presidir las relaciones sociales; y ello tanto en el ámbito nacional como (particularmente) en el comunitario¹.

* Becario de Investigación de Derecho Civil, Universidad de Sevilla.

**Becaria de Investigación de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

¹ Prueba de ello son las numerosas normas y documentos de la Unión Europea y la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Eu-

El mencionado y célebre Mensaje norteamericano dio paso a una enorme proliferación de normas sustantivas variopintas e insospechadas que protegen al consumidor en distintos ámbitos; normas que no se han contentado con salvaguardar los intereses de los consumidores en las tradicionales contrataciones en masa propias de las sociedades desarrolladas, sino que incluso se han extendido a las entonces impensables, novedosas y cada vez mayores contrataciones a través de la Red. Todo ello evidencia el anunciado papel protagonista de los consumidores en el siglo XXI.

Concretamente en el Estado español, existe una gran cantidad de normas, no sólo generales, sino también sectoriales, esto es, normas dictadas en relación con distintos sectores del ordenamiento, muchos de los cuales son de gran trascendencia para los consumidores. Asimismo, debe tenerse también presente que en un Estado autonómico como el nuestro, las distintas Comunidades Autónomas han asumido competencia en materia de consumo y, por tanto, han dictado incluso sus propias normas, tanto generales como sectoriales.

Ahora bien, todos estos derechos e intereses de los consumidores que las prolijas normas nacionales y comunitarias tratan de proteger, sólo tienen sentido si, en última instancia, pueden hacerse efectivos en caso de reclamación (así lo ha apuntado expresamente el Consejo Económico y Social). En efecto, de nada serviría el mero reconocimiento de numerosos derechos e intereses a favor de los consumidores por parte de nuestras normas, si éstos carecen de medios eficaces para hacerse valer. De ahí que la Unión Europea haya dedicado igualmente gran parte de sus esfuerzos en elaborar una serie de normas y documentos desde un punto de vista procesal, ya sea favoreciendo su protección judicial o articulando nuevos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (las conocidas como A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) más efectivos y eficaces, tales como la mediación o el arbitraje.

Nuestro Estado se ha decantado especialmente por la última de las dos vías extrajudiciales anunciadas anteriormente, esto

ropeas a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico comunitario, que, ante todo, pretenden salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores.

es, por el arbitraje, desde la época de los ochenta del siglo pasado; postura que se ha reafirmado recientemente con la aprobación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo².

Pues bien, salvadas estas líneas introductorias, cabe destacar que precisamente será el arbitraje de consumo el objeto de estudio del presente trabajo; arbitraje de consumo que es de patente actualidad en nuestra escena jurídica, en la medida en, como tendremos ocasión de ver, ha sido y está recibiendo especial atención por parte de nuestro legislador. En efecto, se trata de un sistema, el arbitral en el ámbito de consumo, que está siendo objeto de un gran uso en la práctica diaria, hasta el punto de que puede que llegue a morir de éxito dada su configuración (en especial por su carácter gratuito) actual.

En cualquier caso, el esquema a desarrollar en el presente trabajo será el que sigue:

- En primer lugar, nos adentraremos en el estudio de la regulación positiva existente en el ordenamiento español sobre el arbitraje de consumo, lo que nos permitirá tener presente nuestro marco de referencia y en base al cual obtendremos el desarrollo de los siguientes apartados.
- Conocido el acervo normativo existente sobre la materia objeto de estudio, profundizaremos en las características que configuran el sistema arbitral de consumo en la actualidad.
- En siguiente lugar, en base a todo lo anterior, nos centraremos en el análisis de la delimitación del arbitraje de consumo, tanto desde una perspectiva subjetiva (sujetos), como desde una perspectiva objetiva (objeto).
- Delimitado el sistema arbitral de consumo desde las distintas perspectivas posibles, pasaremos a estudiar un elemento básico en el quehacer del sistema arbitral de consumo, a saber, el convenio arbitral en base al cual éste nace.
- En siguiente lugar, nos detendremos en el análisis de la organización del sistema arbitral de consumo; esto es, los distintos órganos que lo conforman y que protagonizan el sistema y su funcionamiento.

² D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-18 ss.

- Como conclusión, apuntaremos una serie de consideraciones y apreciaciones personales sobre el estudio de conjunto efectuado mediante el presente trabajo.

2. *Regulación del sistema arbitral de consumo.* – A los efectos de preparar el escenario oportuno para la adecuada comprensión del anunciado análisis del arbitraje de consumo y entender su evolución, conviene comenzar teniendo en cuenta las distintas fuentes jurídicas que han justificado, fundamentado y recomendado la creación de procedimientos extrajudiciales eficaces para solventar los litigios de consumo, como lo es nuestro peculiar arbitraje de consumo administrado por juntas arbitrales de consumo.

Toda regulación positiva de nuestro ordenamiento jurídico patrio debe partir, sea cual sea la materia objeto de estudio, de nuestra norma de cabecera, de la cúspide de la pirámide normativa, a saber, de nuestra Constitución Española de 1978. Concretamente, en el ámbito del saber que nos ocupa, debemos partir del artículo 51 de nuestra Carta Magna, a cuyo tenor: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Asimismo, el artículo 53.3 establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero³, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Pues bien, ha sido la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984⁴, la que vino

³ El artículo 51 de la CE está dentro de este Capítulo III.

⁴ Nótese que con posterioridad, y al tratarse de una materia armonizada por la UE, se dictaron distintas Directivas cuya transposición dieron lugar a la aparición de una diversidad de normas españolas en materia de consumidores. Pueden computarse hasta cinco leyes reguladoras de la materia, siendo la última la constituida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cuya Disposición Final Quinta, habilitó e instó al Gobierno para que, en el plazo 12 meses, procediese a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los

a cumplir con la anterior previsión constitucional, dando el primer paso para la instauración en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Arbitral de Consumo. El artículo primero de la citada norma, disponía que la defensa de los consumidores y usuarios «tiene carácter de principio general informador del Ordenamiento Jurídico» y, a continuación, en el artículo 31 instaba al Gobierno para que, previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones y usuarios, establezca el sistema arbitral de consumo. Pero, además, en este mismo artículo 31 se establecía que las principales características del arbitraje de consumo: por un lado, preveía que el arbitraje de consumo no debía tener formalidades especiales y debía atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas y reclamaciones de los consumidores; por otro lado, señalaba que el sometimiento de las partes al sistema arbitral de consumo sería voluntario y debería constar expresamente por escrito; y por último, disponía que los órganos de arbitraje estarían integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

Fruto de lo expuesto anteriormente, entre los años 1986 y 1993, se puso en marcha con carácter experimental el sistema arbitral de consumo, mediante la creación de Juntas Arbitrales de Consumo en los distintos ámbitos territoriales. Esta experiencia fue positiva y puso de manifiesto la buena aceptación del sistema arbitral de consumo en España, tanto en el sector empresarial como entre los consumidores y usuarios.

En este mismo marco de tiempo expresado, concretamente en 1988 debe destacarse, la promulgación de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988⁵, en cuya Disposición Adicional 1ª, disponía la aplicación supletoria de esta Ley al arbitraje pre-

consumidores y usuarios que incidiesen en los aspectos regulados en ella. En cumplimiento de lo anterior, se dictó la Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el llamado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; norma que es la que ya recoge íntegramente el régimen jurídico completo aplicable a los consumidores y usuarios. Y norma, que es la actualmente vigente.

⁵ Texto normativo que ha estado vigente hasta el 26 de marzo de 2004.

visto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, especificando que el arbitraje de consumo sería gratuito y no se precisaría la protocolización notarial del laudo. Por su parte, la Disposición Adicional 2ª de la Ley de Arbitraje disponía además que «el Gobierno establecería reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que previera, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984».

En cumplimiento de lo previsto en las citadas normas, se publicó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, que en su artículo 1 establecía que «el sistema arbitral de consumo se regiría por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en él, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje».

Como consecuencia del carácter supletorio de la Ley de Arbitraje de 1988, fue necesario reformar el Real Decreto 636/1993, tras la aprobación de la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, inspirada en la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.M.D.I.), el 21 de junio de 1985.

La necesidad de reforma del citado Real Decreto 636/1993 también se puso de manifiesto por parte de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que, en su Disposición Final 5ª, habilitaba al Gobierno para que procediese a refundir en un único texto legal la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios; y en su Disposición Final 6ª, instaba al Gobierno para que, en un plazo de un año desde su entrada en vigor, dictase una nueva regulación del sistema arbitral de consumo contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo del Consumidores y Usuarios.

En el contexto enunciado, se ha dictado el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral

de Consumo (en adelante, R.D.S.A.C.). Este Real Decreto entró en vigor el 25 de agosto de 2008, salvo los artículos 25 y 27 del mismo, que entraron en vigor el 26 de febrero de 2008 (la Disposición Final 4ª del Real Decreto 231/2008 prevé que el mismo entraría en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, por tanto, el 25 de agosto de 2008)⁶.

3. *Concepto y características del sistema arbitral de consumo.* – El artículo 1 del Real Decreto 231/2008 dispone que «el Sistema arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal y contractualmente reconocidos al consumidor». Consecuentemente, en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema arbitral de consumo se regula como un mecanismo alternativo a la jurisdicción, para la resolución de los conflictos que puedan surgir en el ámbito del consumo entre los consumidores o usuarios y los empresarios o los profesionales. Esto determina que ante una determinada controversia el consumidor pueda optar por solucionarlo a través del proceso o del arbitraje de consumo.

Una vez que conocemos el concepto del sistema arbitral de consumo, pasemos a analizar las características con las que éste se configura en nuestro ordenamiento. En este sentido, el Real Decreto 231/2008 intenta fortalecer y consolidar el arbitraje de consumo en nuestro país, garantizando para ello su rapidez, eficacia y antiformalismo. En efecto, según dispone el R.D.S.A.C. en su Exposición de Motivos, se mantienen las características esenciales del arbitraje de consumo, pero se introducen las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y dar homogeneidad al sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas y consumidores. Así, las características más destacables del arbitraje de consumo vienen a ser las que siguen:

⁶ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 183-185 ss.

1ª) Voluntariedad. El arbitraje de consumo se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo alternativo a la jurisdicción⁷, por lo que ante una controversia, el consumidor podrá optar entre iniciar el arbitraje de consumo o incoar el proceso ante la jurisdicción civil interponiendo la correspondiente demanda.

El artículo 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone que «la sumisión de las partes al sistema arbitral de consumo será voluntaria y deberá constar expresamente por escrito por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente libremente al sistema arbitral y quedan vinculadas al laudo». De ahí que el artículo 24.1 del R.D.S.A.C. establezca la necesidad de que el convenio arbitral exprese la voluntad de las partes de resolver a través del sistema arbitral de consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo.

La voluntad de someterse al arbitraje de consumo deberá ser expresa e inequívoca. Esta manifestación de la voluntad se podrá expresar de distintas formas:

- En primer lugar, según el artículo 24 del R.D.S.A.C., el convenio arbitral podrá consistir en una cláusula incorporada a un contrato o un acuerdo independiente de las partes. Por ello, en el mismo precepto se exige que el convenio arbitral conste por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

⁷ Debe recordarse, tal y como apunta D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., p. 152, la voluntariedad constituye una característica esencial de todo arbitraje. En efecto, tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el fundamento de cualquier arbitraje es la autonomía de la voluntad o, en última instancia, la libertad de las partes que deciden someterse al mismo a través del correspondiente convenio arbitral. En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico no cabe un arbitraje obligatorio, y así lo ha reiterado igualmente el Tribunal Supremo en abundante jurisprudencia.

- En segundo lugar, si existe oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, el convenio arbitral estará válidamente formalizado por la simple presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor y usuario, siempre que coincida con el ámbito de la oferta (artículo 24.2 del R.D.S.A.C.). En este caso, la existencia de la oferta pública de adhesión implica que el empresario previamente ha consentido someterse al arbitraje de consumo. Por ello, basta de someter la resolución de la controversia al arbitraje de consumo, para que se entienda formalizado el convenio arbitral.
- Por último, si no existiera oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, una vez presentada y admitida a trámite la solicitud de arbitraje de consumo, se dará traslado al reclamado para que en plazo de quince días la acepte o rechace (art. 24.4 R.D.S.A.C.)⁸.

2^a) Carácter institucional. En virtud del artículo 1.2 del R.D.S.A.C., «el Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales».

Por tanto, una de las características esenciales del arbitraje de consumo es precisamente su carácter institucional, cuya gestión se atribuye a las Juntas Arbitrales de Consumo, que son órganos administrativos⁹, a los que son aplicables en lo no previsto expresamente en el R.D.S.A.C., la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 3.2 R.D.S.A.C.)¹⁰.

3^a) Gratuidad. El artículo 41 del R.D.S.A.C., al regular los principios que rigen el procedimiento arbitral de consumo, dispone que «el procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad».

⁸ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 188 s.

⁹ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 186 s.

¹⁰ S. SAN CRISTÓBAL REALES, *Delimitación subjetiva, objetiva y temporal del arbitraje de consumo conforme al RD 231/2008, de 15 de febrero*, «Anuario Jurídico y Económico Escorialense», n. XLIII, 2010, p. 105.

Por tanto, frente al carácter oneroso del arbitraje ordinario, el arbitraje de consumo será gratuito. Sin embargo, este principio no tiene carácter absoluto, ya que presenta algunas excepciones. Así, en materia de prueba, la gratuidad alcanza sólo a las pruebas practicadas de oficio, ya que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte, ex artículo 45 del R.D.S.A.C., «serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad».

Lo mismo ocurre con la ejecución del laudo arbitral y con la acción de anulación que se puede interponer frente al laudo. Ambas actuaciones se llevarán a cabo ante la jurisdicción civil, siendo necesario nombrar abogado y procurador¹¹.

4ª) Arbitraje de equidad. Según la forma en que se adopte el laudo, puede distinguirse entre dos tipos de arbitraje: el de derecho y el de equidad. En el arbitraje de derecho los árbitros deben fundamentarse en las normas jurídicas vigentes y aplicarlas para resolver la cuestión que se les ha planteado. Mientras que en el arbitraje de equidad, los árbitros decidirán la controversia según su leal saber y entender, atendiendo a lo que consideren justo en cada caso concreto.

El artículo 33.1 del R.D.S.A.C. dispone que «el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho». Por tanto, el legislador ha establecido como regla general que el arbitraje de consumo se resuelva en equidad¹². Dadas las características del arbitraje de consumo, parece acertado que la regla general sea el arbitraje en equidad, ya que al no ser necesaria una especial cualificación técnica por parte de los árbitros, resulta más fácil elaborar las listas de árbitros, tanto de los de los consumidores, como de los empresarios.

No obstante, tal y como hemos visto anteriormente, cabe la posibilidad de que las partes soliciten expresamente que el ar-

¹¹ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 186 s.

¹² A diferencia del arbitraje de consumo, el arbitraje ordinario se resolverá en derecho salvo que las partes acuerden que se resuelva en equidad. Así lo dispone el artículo 34.1 de la Ley de Arbitraje, a cuyo tenor: «Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente a ello».

bitraje de consumo se decida en derecho. En este caso lo árbitros designados entre los acreditados a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las organizaciones empresariales o profesionales, deberán ser licenciados en derecho (art.21 del R.D.S.A.C.)¹³.

5ª) Antiformalismo. Según el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el arbitraje de consumo debe constituirse sin formalidades especiales. De este modo se intenta que sea un sistema sencillo, ágil y accesible a todos¹⁴.

Varias son las manifestaciones que podemos encontrar de esta característica en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente las que siguen:

- La no necesaria, sino potestativa protocolización del laudo arbitral de consumo, introducida por la anterior Ley de Arbitraje (Disposición Adicional Primera) en relación con los laudos dictados en determinados arbitrajes sectoriales, entre ellos el de consumo. Tal previsión fue extendida por la vigente Ley de Arbitraje a todo laudo arbitral (artículo 37.8 de la Ley de Arbitraje).
- La no obligatoria postulación procesal (intervención de abogado y procurador). Realmente el R.D.S.A.C., a diferencia del anterior (artículo 10.2), nada dice al respecto, pero esta característica se infiere de la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje, pues según el artículo 30.2 de la Ley, las partes pueden intervenir en las actuaciones arbitrales «directamente o por medio de sus representantes». De este modo, aunque la Ley de arbitraje, como vemos, habla de intervención directa o mediante representante y no de defensa técnica, parece lógico entender que la intervención mediante abogado es una defensa/representación potestativa¹⁵.

¹³ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 187.

¹⁴ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 188.

¹⁵ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 159 s.

6ª) Eficacia y firmeza del laudo. El laudo que se dicte pone fin al conflicto y tiene, según el artículo 1.2 del R.D.S.A.C., carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes. Como vimos anteriormente, una de las características del arbitraje de consumo es su voluntariedad, por lo que las partes deciden someterse libremente al sistema arbitral de consumo, quedando vinculadas por el laudo que se dicte resolviendo la controversia.

En caso de que no se cumpla voluntariamente el contenido del laudo se puede instar su ejecución forzosa ante la jurisdicción civil. El artículo 44 de la Ley de arbitraje vigente dispone que «la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título»¹⁶.

Frente al laudo que resuelva el arbitraje de consumo se podrá interponer la acción de anulación (artículos 40 a 43 de la Ley de Arbitraje).

El laudo firme produce todos los efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes (art.43 de la Ley de Arbitraje)¹⁷.

7ª) Rapidez. Una de las características esenciales del arbitraje de consumo es su rapidez, que sin duda es la que justifica su éxito como método alternativo al proceso, que resulta lento y costoso.

El R.D.S.A.C. alude expresamente a la rapidez en su artículo 49, al subrayar que «el plazo para dictar el laudo será de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral, pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un período no superior a dos meses»¹⁸.

¹⁶ Según el artículo 517.2 de la L.E.C.: «Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 2º. Los laudos o resoluciones arbitrales». Y el artículo 545.2 de la L.E.C. afirma que «cuando el título sea un laudo arbitral, será competente para su ejecución el Juez de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado».

¹⁷ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 189 ss.

¹⁸ S. SAN CRISTÓBAL REALES, «*Delimitación subjetiva...*», cit., p. 106.

8ª) Sistema alternativo a la jurisdicción. El arbitraje de consumo es un sistema compatible con otros medios de protección del consumidor y usuario. Por tanto, el sistema arbitral de consumo no excluye ni la protección administrativa, ni la protección judicial.

Así, en relación con la protección administrativa, tenemos que señalar que, al margen del procedimiento arbitral, la Administración podrá llevar a cabo todas aquellas actuaciones que le correspondan, como por ejemplo la instrucción de un expediente sancionador.

La referencia a la protección judicial implica, en primer lugar, la posibilidad del consumidor y usuario de acudir a la vía jurisdiccional cuando su solicitud de arbitraje no sea admitida por la Junta Arbitral. Asimismo, una vez dictado el laudo arbitral, si su contenido nos e cumple voluntariamente, podrá acudir ante la jurisdicción civil para instar sus ejecución forzosa. Por último, también podrá acudir a la jurisdicción civil para ejercitar la acción de anulación frente al laudo¹⁹.

9ª) Igualdad de las partes. La igualdad de las partes es uno de los principios, que junto con la audiencia y contradicción, deberán presidir el desarrollo del procedimiento arbitral. Este principio exige que las partes tengan las mismas oportunidades de alegación, prueba, conclusión e impugnación.

Asimismo, esta igualdad de las partes se manifiesta en la composición tripartita de los Colegios Arbitrales, en los que están representados tanto los consumidores y usuarios como los empresarios y profesionales. Así, el artículo 57.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone que «los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas»²⁰.

10ª) Unidireccionalidad. La unidireccionalidad significa que sólo los consumidores o usuarios pueden instar la puesta en

¹⁹ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 190.

²⁰ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 191.

marcha o activar el arbitraje de consumo (no así los empresarios). La misma se desprende del artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dado que a través del sistema arbitral de consumo «se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios» (nótese que no dice de los empresarios).

No obstante, en el seno de la doctrina ha habido distintas posturas sobre el particular:

- Ciertos autores han manifestado sus dudas al respecto. Así, para García Rubio y Fidalgo López, el arbitraje de consumo puede ser instado por el empresario en caso de que exista una cláusula compromisoria de sometimiento al citado arbitraje²¹.
- Otros autores, en cambio, aun admitiendo la unidireccionalidad, la han calificado como una mera opción. Así, Álvarez Alarcón considera que nada hubiera impedido y no hubiera significado un incumplimiento del mandato constitucional que el sistema arbitral de consumo también pudiera acoger las solicitudes de arbitraje de los empresarios respecto de los consumidores²².
- Finalmente, determinados autores critican abiertamente esta característica del sistema arbitral de consumo, abogando por la bilateralidad. En esta línea, Orizco Pardo, Pérez-Serrabona González, Capelo y Lara González, entre otros, quienes consideran que la unidireccionalidad predicable del sistema arbitral es una característica verdaderamente injusta que atenta contra los principios de igualdad y acceso a la justicia²³.

²¹ A. FIDALGO LÓPEZ, *El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008*, «Actualidad Civil», n. 13, 2009, p. 23.

²² A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1999, p. 50.

²³ G. OROZCO PARDO-J.L. PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, *Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo*, «Aranzadi Civil», n. 1, 2007, pp. 1958-1964 ss.; R. LARA GONZÁLEZ, *La importancia de la participación de los empresarios y de sus entidades representativas en el sistema arbitral de consumo*, «Aranzadi Civil », n. 1, 2005, p. 30 s.

A pesar de todo lo expuesto, aunque a unidireccionalidad sigue también caracterizando el arbitraje de consumo a la luz del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, no podemos decir lo mismo, aunque sea sólo formalmente, a la luz del artículo 1 del R.D.S.A.C. Éste, sin adaptarse como habría debido hacer el Texto Refundido, guarda silencio al respecto, limitándose a calificar el arbitraje de consumo como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial “de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales”, sin concretar la procedencia o a quién corresponde su iniciación.

No obstante, la unidireccionalidad podría entenderse como lo más acorde con un sistema inspirado en un espíritu de protección eficaz de los derechos e intereses de los consumidores, tal y como postulan los artículos 51 de la Constitución y 57.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias²⁴.

11^a) Confidencialidad. A este valor añadido del sistema arbitral de consumo ha decidido referirse expresamente el actual R.D.S.A.C., introduciéndolo como un aspecto novedoso, en la medida en que el anterior Real Decreto de 1993 guardaba silencio al respecto, si bien no cabía duda de que la aplicación supletoria del artículo 24.2 de la Ley de Arbitraje imponía a todos los sujetos implicados en el arbitraje de consumo la obligación de guardar silencio con respecto a toda la información que hubieran podido conocer con ocasión de dicho arbitraje.

No obstante, como decimos, el R.D.S.A.C. ha decidido referirse expresamente a esta característica en dos preceptos:

- Por un lado, en el artículo 22.1, a cuyo tenor: «Los árbitros actuarán en el ejercicio de su función con la debida independencia, imparcialidad y confidencialidad».
- Y por otro lado, en el mismo precepto en el que el R.D.S.A.C. trata los principios del procedimiento arbitral de consumo, esto es, en el artículo 41.2, en el que señala que «los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las juntas arbitrales de consumo, están obligados a guardar

²⁴ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 187-190 ss.

confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral».

La confidencialidad es una característica que, particularmente en las relaciones de consumo, puede tener gran trascendencia con respecto a la imagen del empresario, al poder ser ventajoso para éste que muchos otros potenciales consumidores distintos a los implicados en el arbitraje de consumo desconozcan que ha sido condenado y rehúsen adquirir del mismo bienes o contratar servicios; como también puede tener trascendencia a los efectos de evitar que la Administración utilice datos sensibles del reclamado, incluso de índole laboral o fiscal, que pueden ser conocidos a raíz del arbitraje e iniciar un procedimiento administrativo sancionador, lo que sin duda sería un gran inconveniente para fomentar aquél y conseguir que las empresas se sometieran a este arbitraje. Y, en tercer lugar, porque no puede olvidarse el deber de observar esta característica por la figura del mediador; figura descuidada por la Ley Arbitral, pero usual, como fase previa, en los arbitrajes de consumo que llegan a celebrarse.

Sin embargo, curiosamente, a pesar de insistir en la confidencialidad, el nuevo R.D.S.A.C. vigente no ha recogido expresamente el carácter privado de la audiencia, como hacía el anterior R.D. de 1993. No obstante, aunque no lo haya recogido como hubiese sido deseable, los deberes que implica la confidencialidad conducen a observar la privacidad de la audiencia²⁵.

4. Delimitación del arbitraje de consumo: sujetos y objeto

4.1. *Sujetos.* – Desde un punto de vista subjetivo, el arbitraje de consumo se aplicará a aquellas controversias que surjan entre los consumidores y usuarios, y las empresas o profesionales. Por tanto, será necesario que las partes en conflicto sean, por un lado, un consumidor y usuario y, por otro lado, una empresa o profesional²⁶. Pues bien, en el presente apartado nos adentraremos en el estudio de ambas partes, esto es, del consumidor de un lado, y del empresario, de otro.

²⁵ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 198-200 ss.

²⁶ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 191.

4.1.1. *Consumidor o usuario.* – No cabe duda, tal y como disponen los artículos 57.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y 2.1 del R.D.S.A.C., que son sujetos legitimados para iniciar y poner en funcionamiento el arbitraje de consumo los consumidores y usuarios en aras de atender y resolver sus conflictos con empresarios. En este sentido, legitimados activamente del arbitraje de consumo no son sólo quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, tal y como indica el artículo 10. 1º de la L.E.C. 1/2000, sino que, además es necesario que los mismos se presenten como titulares de relaciones jurídicas que puedan ser calificadas de consumo.

El R.D.S.A.C. lamentablemente no contiene una definición de consumidor a sus efectos. Ante este desafortunado silencio, partiendo de que existen numerosos y diferentes conceptos de consumidor dependiendo de la norma jurídica ante la que nos encontremos, resulta lógico entender que en principio el concepto de consumidor o usuario contemplado por el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias a sus efectos es el que debe regir también a los efectos del arbitraje de consumo; esto es, «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»²⁷.

Es decir, es usuario el que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlo, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por tanto, teniendo en cuenta que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden adquirir, consumir o utilizar bienes o servicios con distinta finalidad, se puede hablar de dos tipos de consumidores: consumidor-cliente y consumidor-final. El consumidor-cliente no tendrá la condición de consumidor porque los objetos adquiridos o los servicios contratados no son para uso privado; mientras que el consumidor-final es el verdadero consumidor, ya que es la persona física o jurídica que adquiere los bienes o usa los servicios para un fin

²⁷ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., p. 70 s.

privado, familiar o doméstico, no para satisfacer las necesidades de su actividad profesional²⁸.

En este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 12 de junio de 2000 señala que «efectivamente, Cruz Roja tiene el carácter de persona jurídica, pero el artículo 1.2 de la Ley de Consumidores y usuarios de 19 de junio de 1984 define a los consumidores o usuarios como las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. En este supuesto esta condición de consumidor final del servicio telefónico es atribuible a Cruz Roja aun cuando ésta asuma la forma de persona jurídica. Dad que para que una persona jurídica pueda ser conceptuada como consumidora, debe reunir los mismos requisitos que el consumidor persona física y por ello, será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado, deberá ser, por tanto, como en el supuesto que nos ocupa, una persona jurídica sin finalidad de lucro y que, en su caso, transmita a título gratuito los bienes o servicios adquiridos»²⁹.

4.1.2. *Empresario*. – Antes de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007 y la entrada en vigor del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, tanto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como el anterior Real Decreto guardaban silencio acerca de la parte pasiva del arbitraje de consumo, esto es, de los sujetos que pueden acudir al mismo en calidad de reclamados. A pesar de tal silencio, en principio parecía lógico entender a la luz de las citadas normas, que la misma venía constituida por los empresarios. Pero entonces, nos encontrábamos con la dificultad de definir

²⁸ S. SAN CRISTÓBAL REALES, «Delimitación subjetiva...», cit., p. 108 s.

²⁹ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 192.

tal término a nuestros efectos al guardar silencio al respecto el Real Decreto de 1993.

En tal sentido, la doctrina entendía que se había de acoger un concepto amplio de empresa o empresario o huir del concepto propio de empresario del Derecho mercantil o financiero.

Pero ante la ausencia, ya no sólo de un concepto de empresario a efectos del arbitraje de consumo, sino de una mínima referencia clara al mismo por parte de la normativa protectora de los consumidores, el problema radicaba en determinar si sólo los empresarios podían integrar la parte pasiva de los arbitrajes de consumo o, por el contrario, podían hacerlo particulares. Esta cuestión se ha planteado especialmente en materia de arrendamientos de vivienda³⁰.

Pues bien, afortunadamente, tanto el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, como el R.D.S.A.C. vigente han acabado clara y definitivamente con los aludidos problemas planteados. Ello porque el mismo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en primer lugar, ha declarado expresamente que su ámbito de aplicación se circunscribe a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (artículo 2), es decir, que el repetido Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al regular su ámbito de aplicación, no sólo se refiere expresamente a los consumidores y usuarios, sino también a los empresarios, definiéndolos a sus efectos. Por lo tanto, se excluyen de su ámbito de aplicación las relaciones entre particulares. Y en segundo lugar, porque su artículo 57.1 se refiere al arbitraje de consumo como el tipo de arbitraje institucional para resolver los «conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresario». Siguiéndolo, el artículo 2.1 del R.D.S.A.C. lo califica de arbitraje institucional para resolver «los conflictos

³⁰ Así, algunas juntas arbitrales han venido admitiendo reclamaciones provenientes de arrendatarios contra arrendadores particulares, esto es, arrendadores que nos e dedicaban a ello profesionalmente, en la línea de lo que hace años ya había postulado algún autor, considerando equiparable la posición del empresario a la del arrendador.

surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales».

Literalmente, el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias define al empresario a sus efectos como «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada».

Ahora bien, hay que remarcar, además de que es irrelevante el carácter de la forma jurídica que adopte el concepto de empresario (esto es, si es persona física o jurídica y, en este último caso, sociedad mercantil anónima o limitada), su carácter público o privado. En efecto, la condición de empresario a efectos del arbitraje de consumo puede ser ostentada tanto por un sujeto privado como público, de forma que también las empresas o entidades públicas que actúan en régimen de Derecho privado están legitimadas pasivamente para intervenir en un arbitraje de consumo. Así se desprende de los artículos 20.1 y 32.1 del R.D.S.A.C.

Por tanto, una vez expuestos los conceptos de consumidor y de empresario con el alcance estudiado, conviene recapitular que, sin ninguna duda, están excluidas del arbitraje de consumo las pretensiones provenientes de relaciones jurídicas entre particulares (regidas por el Derecho Civil, siendo el Código Civil la norma rectora por excelencia), de relaciones entre empresarios o profesionales (regida por el Derecho mercantil y, principalmente, el Código de Comercio) y aquellas otras que, a pesar de provenir de un particular con respecto a una relación jurídica con un empresario, ésta no puede calificarse de consumo al no poderse calificar a los sujetos en ella intervinientes como consumidor y empresario según el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³¹.

4.2. *Objeto.* – Al aludir al objeto nos referimos al conjunto de controversias que, por razón de la materia, pueden ser objeto del arbitraje de consumo. Evidentemente, no todo asunto o controversia puede ser resuelto a través de arbitraje de consumo.

³¹ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 82-92 ss.

Al analizar las cuestiones que pueden ser objeto de arbitraje de consumo, la primera delimitación la encontramos en el artículo 1 del R.D.S.A.C., que prevé que el arbitraje de consumo se ocupará de las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios relacionados con sus derechos legal o contractualmente reconocidos.

El arbitraje de consumo sólo podrá conocer de las controversias que tienen su origen en un acto o relación de consumo. Por ello, para iniciar el arbitraje de consumo no basta que el reclamante sea un consumidor y usuario y el reclamado un empresario o profesional, sino que será necesario que exista entre las partes una relación de consumo. Por relación de consumo debemos entender aquella relación de derecho privado dirigida a la adquisición, utilización o disfrute por un consumidor de los bienes y servicios, suministrados por una empresa, un profesional o la Administración.

Ahora bien, no todas las controversias que surjan de un acto o relación de consumo se podrán ejercitar a través del arbitraje de consumo. La regla general viene establecida en el artículo 2.1 del R.D.S.A.C., según el cual únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen «sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho». Y a continuación, el artículo 2.2 del R.D.S.A.C. añade que «no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de deliro, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias»³².

Por lo tanto, el nuevo R.D.S.A.C. tanto incluye (artículos 1.2 y 2.1), como excluye (artículo 2.2) expresamente una serie de «materias» del objeto del arbitraje de consumo. Así, queda claro que estos preceptos se dedican a fijar el ámbito objetivo del arbitraje de consumo, tanto de forma positiva, indicando lo que sí puede someterse al mismo, como negativa, expresando lo que se excluye.

³² E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 193 s.

Pues bien, llegados a este punto, debemos analizar dos cuestiones: en primer lugar qué se debe entender por materias de libre disposición por las partes y, en segundo lugar, qué materias estarían excluidas del arbitraje de consumo.

4.2.1. *Materias de libre disposición.* – Como hemos visto, requisito fundamental para que estemos ante pretensiones susceptibles de arbitraje de consumo es que versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Y se trata ésta de una previsión que nada nos aclara a priori, ya que implica un recorrido por los distintos sectores del ordenamiento jurídico que, a su vez, exige una complicada labor interpretativa de sus normas³³.

Han sido muchos los intentos por parte de la doctrina de aproximarse a lo que debe entenderse por materia disponible. En cualquier caso, por su precisión, nos parece acertada la aproximación apuntada por la profesora Fernández Fustes, quien afirma que por materias de libre disposición debemos entender aquellas que son disponibles para sus titulares, partiendo de la disponibilidad jurídica material de los derechos subjetivos en conflicto. Así, indica esta autora, se entiende que las partes son dueñas de los derechos intereses materiales, por lo que pueden disponer de los mismos. En este sentido, sigue aclarando la autora, el artículo 19 de la LEC 1/2000 dispone que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y someterlo a arbitraje, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por interés general o en beneficio de tercero. Por tanto, concluye la autora, podrá someterse a arbitraje de consumo toda controversia que cumpla los siguientes requisitos:

- 1) Que sea una controversia derivada de un acto o relación de consumo.
- 2) Que la Ley no prohíba su sumisión a arbitraje.
- 3) Que la Ley no establezca limitaciones para la sumisión a arbitraje de la controversia por razones de interés general.
- 4) Que la Ley no establezca limitaciones para la sumisión a arbitraje de la controversia en beneficio de tercero³⁴.

³³ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., p. 103.

³⁴ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 194.

La cuestión de la disponibilidad de la materia llevó a la doctrina a plantearse si era posible o no someter a arbitraje pretensiones relacionadas con ámbitos o sectores del ordenamiento jurídico fuertemente regulados por normas imperativas o de *ius cogens* indisponibles para las partes. Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en su admisión con carácter general, aunque existan discrepancias sobre si tales normas imperativas deben ser respetadas por los árbitros.

Este debate de la no arbitrabilidad de determinadas pretensiones por versar sobre materias indisponibles igualmente está presente en el arbitraje de consumo. Concretamente, en el ámbito que nos ocupa este problema de la susceptibilidad del arbitraje de consumo de determinadas pretensiones relacionadas con materias fuertemente reguladas por normas imperativas se ha planteado en la práctica en numerosas ocasiones con respecto a la prestación de servicios públicos. Un análisis de la jurisprudencia menor en esta sede permite concluir que el estar en presencia de servicios públicos cuya forma de prestación pro la empresa concesionaria se encuentra minuciosamente regulada, en principio no impide su sometimiento a arbitraje de consumo.

En concreto, los supuestos prácticos planteados han sido fundamentalmente los que siguen:

- 1) En el sector de las telecomunicaciones.
- 2) En el servicio de transporte público.
- 3) En el servicio de suministro de gas natural.
- 4) Y en el servicio de correos, esto es, en el servicio postal universal.

Pasemos, pues, a analizar a cada uno de estos sectores más problemáticos implicados.

1. Servicio de telefonía y telecomunicaciones

a) Servicios de acceso y traslado de líneas telefónicas

Normativa reguladora: La normativa en nuestro ordenamiento jurídico reguladora de estos servicios se encuentra fundamentalmente en la vigente Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, y en el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, que aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, que ha derogado par-

cialmente el Reglamento que desarrolla la citada ley, sobre las condiciones para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y a protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

De la vigente normativa cabe reseñar el apartado 1º del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003³⁵ y el apartado 3º del artículo 104 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005³⁶.

Tratamiento jurisprudencial: Existen numerosas sentencias de Audiencias Provinciales recaídas en aplicación de la normativa citada.

Se trata de sentencias recaídas en supuestos en los que el reclamante, posterior impugnado, pide la instalación o traslado de una línea telefónica y así se le concede en el laudo arbitral dictado por la junta arbitral de consumo.

Defendiendo la susceptibilidad de arbitraje de estas pretensiones encontramos, entre otras, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Almería número 200/2005 (Sección 3ª), de 3 de octubre, en la que no se anula el laudo ordenando al operador la instalación de una línea telefónica fija o, en su defecto, un teléfono rural en su domicilio. En este mismo sentido también encontramos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos número 522/2003.

³⁵ Artículo 38.1 de la Ley General de Telecomunicaciones: «Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios. Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso, los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

³⁶ Artículo 104.3 del Reglamento aprobado por el R.D. 424/2005: «Los abonados podrán dirigir su reclamación a las juntas arbitrales de consumo, en los términos establecidos en su normativa reguladora».

En sentido contrario, esto es, defendiendo la no susceptibilidad de arbitraje de estas pretensiones, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se anula un laudo condenando a la operadora a la instalación de una línea telefónica, entendiéndose que los derechos de acceso e instalación de una línea telefónica no son susceptibles de arbitraje por constituir un servicio público cuyo control compete al Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Parece claro que el simple hecho de que un sector como el de las telecomunicaciones, en el que pueden intervenir consumidores esté fuertemente regulado no implica la imposibilidad de someter al mismo aquellos conflictos que puedan surgir entre los prestadores del servicio y los consumidores o usuarios. Más aún cuando se trata de materias con altos índices de conflictividad, lo que contribuiría a la descarga del colapso de trabajo en la jurisdicción ordinaria.

No obstante, como hemos tenido ocasión de ver, se trata de una cuestión sumamente controvertida en las distintas Audiencias Provinciales, existiendo pronunciamientos tanto un sentido (admitiendo la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones), como en el contrario (negando la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones).

b) Servicios de tarificación adicional

Normativa reguladora: La normativa reguladora viene constituida por la orden/Pre/361/2002, de 14 de febrero, modificada por la Orden/Pre/2410/2001, de 20 de julio, y el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, regulado por Resolución de 15 de septiembre de 2004, en principio vigentes en lo que no se opongan al mencionado Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo.

La primera Orden, tras la modificación operada por la segunda, define los servicios de tarificación adicional como aquellos «que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de esta Orden». Y el artículo 6.2 de dicho Código de Conducta de 2004 establece lo que sigue: «Todas

las reclamaciones derivadas del incumplimiento del presente Código de Conducta, que impliquen perjuicios económicos para los usuarios, podrán resolverse a través del Sistema Arbitral de Consumo, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios de justicia o a la autoridad u órgano administrativo que resulte competente, quedando excluidas de la competencia de la Comisión para la Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional».

Del tenor de los preceptos enunciados, no parece existir duda sobre la posibilidad de que las controversias derivadas de estos servicios se sometan a arbitraje de consumo.

Tratamiento jurisprudencial: Al igual que los servicios anteriormente analizados, los servicios de tarificación adicional constituyen una cuestión controvertida en la jurisprudencia, de modo que existen sentencias tanto en un sentido (admitiendo la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones), como en el contrario (negando la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones).

Admitiendo la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones encontramos, entre otras, a la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 601/2005, de 21 de junio, que expresamente declara la licitud de la vía arbitral en este ámbito. En este mismo sentido, también puede mencionarse a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz número 91/2004, de 27 de julio.

En sentido contrario, esto es, negando la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones, cabe citar, entre otras, a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 463/2004, de 24 de septiembre, en la que se afirma que la pretensión consumidor concerniente a conexiones a través de Internet efectuadas sin su consentimiento, constituye una materia excluida de arbitraje, debiendo ser examinada por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional.

2. Servicio de transporte público

En relación con este ámbito, la jurisprudencia mayoritaria viene a afirmar lo siguiente: «Partiendo de que la fijación de las tarifas de transporte colectivo urbano no incumbe a la empresa concesionaria, ni ésta ni los usuarios están facultados para in-

crementarlas, reducir las o modificarlas, sino que es competencia exclusiva de la Administración. Por tanto, se viene a afirmar mayoritariamente que no se trata de una materia de índole jurídico privada, sino de la validez de acuerdos tomados en el ámbito administrativo, lo que excede el ámbito del arbitraje»³⁷.

En definitiva, se considera que nos encontramos ante una materia jurídico-pública, indisponible para la iniciativa privada, de modo que no es susceptible de someterse consecuentemente a arbitraje.

3. Servicio de suministro de gas natural

Al contrario de lo que se viene a afirmar mayoritariamente desde la jurisprudencia en relación con los servicios de transporte público, en lo que hace al servicio de gas natural se viene declarando la arbitrabilidad de las reclamaciones sobre esta materia y, en concreto, de los derechos de acometida del gas natural, a pesar de que la tarifa de tales derechos esté regulada por normas de carácter imperativo³⁸.

4. Servicio postal universal

En relación con las reclamaciones sobre el modo de entrega de los servicios postales, parece existir unanimidad en la jurisprudencia sobre su arbitrabilidad.

En la mayoría de resoluciones se pretende la anulación de los laudos que condenan al operador del servicio postal universal a entregar envíos postales en el propio domicilio de los destinatarios por no ser correcta su entrega en casilleros pluridomiciliarios situados a la entrada de la urbanización, alegando, entre otros motivos, el resolver cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Se trata de una materia susceptible de arbitraje comercial, tal y como efectivamente posibilita expresamente el artículo 5 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 29 de septiembre de 1993.

³⁸ En este sentido, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya número 373/2005, de 17 de mayo, en la que se afirma lo que sigue: «Interés y orden público no debe identificarse con regulación de Derecho Público ni imperativo, porque hay materias que, aun participando de este carácter, pueden ser objeto de libre disposición por las partes».

de Liberalización de los Servicios Postales, que permite someter las controversias entre operadores y usuarios sin exclusión alguna a las juntas arbitrales de consumo³⁹.

4.2.2. *Materias excluidas del arbitraje de consumo* – Como ya se adelantó, el artículo 2.2 del R.D.S.A.C. se dedica a delimitar negativamente el ámbito objeto del arbitraje de consumo, esto es, a indicar expresamente una serie de materias que no pueden ser objeto del mismo⁴⁰. Las materias que el R.D.S.A.C. excluye del ámbito objetivo del arbitraje de consumo son las que siguen:

- 1) Las materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición al ser materias de derecho necesario y estar regidas por un interés público⁴¹. Es decir, las cuestiones relativas a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, excepto las pretensiones disponibles (artículo 715.3 L.E.C. 1/200).
- 2) Ilícito penal. El Estado ha asumido en exclusiva la titularidad del *ius puniendi* y su ejercicio se atribuye en exclusiva a los juzgados y tribunales. Por tanto quedan excluidos del ámbito del arbitraje de consumo todos los delitos o faltas cometidos en materia de consumo: los delitos relativos a los consumidores artículos 281 y ss. del Código Penal); los delitos cometidos contra la salud pública (artículos 359 y ss. del Código Penal) o las estafas (artículos 248 y siguientes del Código Penal).
- 3) Acción civil *ex delicto*. La comisión de un hecho delictivo hace surgir dos tipos de responsabilidad: por un lado, surge la responsabilidad penal y como consecuencia de ella la acción penal cuyo fin va a ser la imposición de una pena, y por otro lado, la responsabilidad civil y junto con ella la acción civil cuyo fin es que la víctima sea compensada por los da-

³⁹ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 103-136 ss.

⁴⁰ Tal y como apunta D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., p. 137, ni la actual ley de Arbitraje, ni el nuevo R.D.S.A.C. han introducido novedad sustancial alguna respecto del ámbito objetivo del arbitraje de consumo en relación con lo que establecía el artículo 2.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 y, siguiéndola, el artículo 2.2 del anterior Real Decreto de 1993.

⁴¹ R. BONACHERA VILLEGAS, *El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo*, «La Ley», n. 7042, 30 de octubre de 2008.

ños y perjuicios sufridos como consecuencia de la acción delictiva. La acción civil se va a ejercitar conjuntamente con la acción penal en el proceso penal, pero no por ello pierde su naturaleza civil, por lo que es disponible por su titular. El hecho de que os encontremos ante acciones civiles de naturaleza jurídico-privada hace que para ellas rijan los mismos principios que rigen en el proceso civil. Esto determina que la acción de responsabilidad civil ejercitable en el proceso penal sea plenamente disponible, por lo que el perjudicado podrá renunciar a la misma o reservarla para ejercitarla posteriormente ante la jurisdicción civil.

A pesar de que se trata de una materia de libre disposición por su titular, el artículo 57.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone que «el sistema arbitral de consumo es el sistema extrajudicial de conflictos a través del cual se resuelven reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito». Además, el artículo 2.2 del R.D.S.A.C., aclara que «no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existen indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos». Por tanto, el legislador excluye expresamente del ámbito del arbitraje de consumo a la acción civil *ex delicto*.

Por último, cabe detenerse en el análisis de qué sucederá en aquellos supuestos en los que se presente una solicitud de arbitraje de consumo en relación con una materia excluida del arbitraje de consumo. En esta situación, la Junta Arbitral debería inadmitir la solicitud por tratarse de un asunto que no puede ser objeto de arbitraje (art. 35 R.D.S.A.C.). Si no lo hiciera, el Colegio Arbitral podría apreciar su falta de competencia objetiva, bien de oficio o a instancia de parte. Si, a pesar de ello, los árbitros entraran a conocer del fondo del asunto y dictaran el correspondiente laudo, se podrá ejercitar la acción de anulación del laudo por el motivo previsto en el artículo 41.1 c) de la Ley de Arbitraje⁴².

⁴² E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 194-196 ss.

5. *El convenio arbitral.* – Como ya hemos estudiado al analizar las características del sistema arbitral de consumo, en la esencia de todo arbitraje, se encuentra la voluntad de las partes de arreglar por tal medio, sus diferencias. La doctrina y jurisprudencia han considerado como uno de los caracteres del arbitraje de consumo el de la voluntariedad, recogándose en el artículo 58.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que la sumisión de las partes al Sistema Arbitral de Consumo será voluntaria. Esta voluntariedad exige un acuerdo de voluntades denominada convenio arbitral, respecto del cual, el artículo 24 del R.D.S.A.C. establece que deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo sus diferencias. El convenio arbitral, a falta de definición legal, ha sido definido doctrinalmente como un pacto de naturaleza contractual, bilateral y de contenido procesal⁴³.

El R.D.S.A.C. dedica al convenio arbitral su capítulo III, en el que bajo el epígrafe «Convenio Arbitral» trata básicamente de las ofertas públicas de adhesión y del uso del distintivo adhesión.

En el arbitraje de consumo, el acuerdo de voluntades que constituye el convenio arbitral se puede alcanzar de tres formas distintas:

- 1) Por medio de un acuerdo expreso y específico de sometimiento a arbitraje, bajo la forma de cláusula contractual, o acuerdo independiente.
- 2) Por la existencia de una oferta pública de adhesión al sistema por parte del empresario y la presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor.
- 3) Y por la aceptación por parte del reclamado a la sumisión al arbitraje de consumo previa solicitud del consumidor.

Sea cual sea la forma en que se perfeccione el convenio arbitral, sus efectos serán los previstos en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, a saber, la obligatoriedad de las partes de cumplir lo estipulado, es decir:

- Someter las diferencias al sistema arbitral.
- Cumplir el laudo arbitral (efecto positivo).

⁴³ M. GUTIÉRREZ SANZ, en QUINTANA CALVO y otros, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, 1997.

- E imposibilidad de conocimiento judicial de las cuestiones sometidas a arbitraje (efecto negativo).

Igualmente, sea cual sea la forma en que se llegue al convenio arbitral, han de reunirse los requisitos de capacidad generales para obligarse, afectándole a todo convenio arbitral las causas generales de nulidad de los contratos, básicamente defectos de capacidad y vicios del consentimiento.

Estudiemos, pues, con mayor profundidad cada una de las formas en las que puede alcanzarse el convenio arbitral.

5.1. *Pacto expreso*. – El pacto expreso de sometimiento a arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula que sea parte de un contrato principal (en cuyo caso será siempre anterior al litigio y recibe tradicionalmente la denominación de cláusula compromisoria), o bien de un acuerdo independiente (en cuyo caso podrá ser anterior o posterior al nacimiento de la controversia, recibiendo en este caso la denominación de contrato de compromiso). En cualquier caso, ha de constar por escrito, exigencia que se puede cumplir en varias formas, bien en un único documento firmado por las partes, bien por medio de un intercambio de cartas, faxes u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo (correos electrónicos, mensajes de texto, etc.).

A la hora de fijar el alcance y eficacia de estas cláusulas es necesario analizar si se trata de cláusulas negociadas individualmente, o no, y si la sumisión es al arbitraje de consumo o a otros tipos de arbitraje.

En primer lugar, según establece el artículo 57.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, si el convenio arbitral conlleva sumisión a un arbitraje distinto del de consumo u otros arbitrajes institucionales creados normativamente para sectores específicos, únicamente podrá concertarse válidamente con posterioridad al nacimiento de la controversia. El artículo 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias considera abusivas las cláusulas de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo. Contrario sensu, podemos afirmar que una cláusula de sometimiento a arbitraje de consumo no es abusiva

y, siempre que reúnan los requisitos del artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, no exige una negociación individual⁴⁴.

5.2. *La oferta pública de adhesión.* – La oferta pública de adhesión constituye una de las peculiaridades más interesantes del sistema arbitral de consumo. En esta modalidad de convenio arbitral la emisión de voluntad de las partes se realiza en momentos distintos, al coincidir la solicitud del consumidor con el ámbito de una previa oferta general efectuada por el empresario, perfeccionándose de esta forma el acuerdo de voluntades.

La oferta de empresario presenta la naturaleza de una oferta contractual, estableciendo los requisitos necesarios del contrato a que quiere llegar, de manera que éste queda perfeccionado si recae la aceptación⁴⁵.

5.2.1. *Tipos de oferta.* – El artículo 25 del R.D.S.A.C. exige que la oferta pública se formule a través de un procedimiento previsto en el capítulo V, Sección 1ª, o a través de otro soporte que permita tener constancia de la presentación y autenticidad. La referencia a la constancia de la presentación parece hacer referencia a la necesidad de que la oferta de adhesión se presente necesariamente ante la Junta Arbitral correspondiente. Sin embargo, no cabe negar eficacia a la oferta unilateral y pública efectuada por el empresario sin cumplir los requisitos previstos en el R.D.S.A.C., pues por un lado la negativa llevaría a resultados absurdos, y por otro, el artículo 61.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al permitir al consumidor exigir «las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas», impone claramente la admisión de esta posibilidad.

Estas ofertas públicas reguladas en los artículos 25 y siguientes del R.D.S.A.C. presentan la misma característica de ser ofertas unilaterales y públicas de adhesión al sistema formuladas

⁴⁴ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 220 s.

⁴⁵ L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción a la Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996.

por el empresario. El artículo 25.4 recoge expresamente que la oferta, así como su denuncia, habrán de efectuarse por el representante legal de la empresa o profesional con poder de disposición, previo acuerdo en su caso del órgano de gobierno correspondiente.

Por su parte, el artículo 25.1 del R.D.S.A.C. establece la forma en que deberá constar la oferta, que habrá de ser por escrito, por vía electrónica a través del procedimiento previsto en el capítulo V, o en cualquier otro soporte que permita tener constancia de la presentación y su autenticidad. Dicha oferta se ha de presentar ante la Junta Arbitral correspondiente al ámbito territorial en que el empresario desarrolle principalmente su actividad.

A diferencia de la anterior regulación del artículo 6.2 del Real Decreto de 1993, el R.D.S.A.C. no indica las menciones obligatorias de la solicitud de adhesión. Sin embargo, parece claro que son elementos esenciales la identificación del empresario, y la constancia de la voluntad clara y expresa de adherirse al sistema, que habrá de efectuarse de forma particular, necesariamente por el representante legal de la empresa, o profesional con poder de disposición, previo acuerdo, en su caso, del órgano de gobierno correspondiente.

A pesar de que el artículo 25.1 establece que en la oferta pública de adhesión «deberán» constar el plazo de validez de la oferta, la opción por el arbitraje de equidad o de derecho, y si se acepta o no la mediación previa, a falta de constancia de tales extremos no priva a la oferta de su validez, pues el propio artículo 25 del R.D.S.A.C. suple esa falta, estableciendo que la oferta se entenderá efectuada por tiempo indefinido, en equidad y con aceptación de la mediación previa.

La oferta así formulada, aceptada por el Presidente de la Junta Arbitra, e inscrita en el Registro público de empresas adheridas, somete al empresario a todo el Sistema Arbitral, para todas las reclamaciones que se le efectúen, y le permite el uso del distintivo de adhesión regulado en el artículo 28 del R.D.S.A.C.

5.2.2. Las ofertas públicas limitadas. – El R.D.S.A.C. prevé la posibilidad de que el empresario limite el alcance de su oferta, formulando lo que el artículo 28 del R.D.S.A.C. denomina «oferta pública de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo».

Lo primero que debe destacarse, es que no cualquier limitación que establezca el empresario en su oferta hace que ésta sea considerada limitada, pues existen una serie de limitaciones o modalizaciones que puede introducir el empresario en su oferta, que no implican que ésta deba ser considerada como limitada, con los efectos restrictivos que luego veremos.

Esas salvedades se recogen en el propio artículo 25 del R.D.S.A.C., y pese a su inclusión en la oferta, permiten al empresario el uso del distintivo oficial del Anexo I. Concretamente viene a ser las siguientes:

- Limitaciones temporales, siempre que sean superiores al año. Si el plazo es inferior, se entenderá que estamos en presencia de una oferta limitada.
- Limitaciones territoriales, cuando el empresario limite su adhesión a la Junta Arbitral correspondiente al territorio en que desarrolle principalmente su actividad.
- La limitación que exija, con carácter previo al arbitraje, la presentación de la reclamación ante los mecanismos de resolución habilitados por la empresa, siempre que éstos sean gratuitos, y se preste información sobre ellos en el contrato.

Cualquier otra limitación introducida por el empresario en su oferta, distinta de las anteriores, convierte a la oferta en limitada, lo que la avoca a una regulación específica, marcada por la desconfianza.

La posibilidad de establecer ofertas limitadas tuvo su razón de ser en la dificultad de obtener adhesiones. No obstante, dado que existía un único distintivo de adhesión tanto para los empresarios plenamente adheridos, como para los que lo estaban limitadamente, pronto se pudo apreciar que la situación implicaba una competencia desleal entre los empresarios y suponía la introducción de inseguridad entre los consumidores. Esta situación hizo que las ofertas limitadas se viesan con malos ojos. Para remediarlo, el actual R.D.S.A.C. establece dos distintas modalidades de distintivo: el previsto en el Anexo I para las adhesiones plenas y el previsto en el Anexo II para las adhesiones limitadas.

5.2.3. *Presentación de las ofertas.* – La oferta pública, ya sea plena o limitada, se presentara ante la Junta territorialmente competente en la forma y con los requisitos ya vistos. Para la

aceptación de una oferta limitada es necesaria la emisión de un informe preceptivo de la Comisión de Juntas Arbitrales, informe que será vinculante para la Junta correspondiente en caso de ser negativo. El Presidente de la Junta a la que se le haya presentado la oferta, en su caso tras el informe de la Comisión, resolverá motivadamente sobre su aceptación o rechazo. Si se trata de una oferta de adhesión limitada, la resolución deberá contener un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de otorgar el distintivo previsto en el Anexo II.

5.2.4. *Pérdida de vigencia de las ofertas.* – Como hemos visto, la oferta pública de adhesión puede estar temporalmente limitada. Si no lo está, cabe que el empresario la denuncie ante la Junta Arbitral competente, por los mismos medios y por las mismas personas por los que se puede hacer la oferta. La denuncia tendrá efectos a partir de los 30 días naturales de su comunicación a la Junta Arbitral, salvo que en la oferta pública de adhesión se prevea un plazo distinto o en la denuncia se establezca un plazo mayor.

El ámbito temporal de la oferta puede plantear problemas debido a que, en la mayoría de los casos, pasará un tiempo entre la celebración del contrato y el nacimiento de la controversia. Podemos imaginar varios supuestos:

- Una solicitud de arbitraje presentada tras la oferta, pero referida a contratos celebrados antes de su vigencia. Salvo que se hubiere aceptado una limitación al respecto, el convenio se entiende perfeccionado por la solicitud de arbitraje vigente de la oferta⁴⁶.
- Aquellos casos en que la vigencia temporal de la oferta expira después de que el consumidor haya solicitado el arbitraje, en cuyo cabremos de entender que el convenio ha sido válidamente formalizado.
- Finalmente, el supuesto más complejo es el de una solicitud presentada con posterioridad al vencimiento de la oferta, derivada de un contrato celebrado cuando éste continuaba vigente. La solución del artículo 29.3 no sirve, pues se refiere

⁴⁶ Así lo podemos deducir del artículo 24.2 que considera válidamente formalizado el convenio cuando exista oferta pública.

únicamente a convenios perfeccionados antes de la denuncia⁴⁷. En términos estrictos, la presentación de la solicitud no puede suponer la formalización del convenio, pues ya no existe una oferta vigente. No obstante, podría estimarse que la oferta pública se ha contractualizado, pasando a considerarse como una cláusula más del contrato principal. Si bien, esta interpretación choca con la exigencia de que el consentimiento conste de forma expresa, puede encontrar su fundamento en alguna resolución judicial y en el artículo 61.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁴⁸.

1.3. *Aceptación por el empresario de la sumisión tras la solicitud del consumidor.* – En aquellos casos en que no exista un convenio arbitral expreso, ni una oferta pública empresarial, es todavía posible la formalización del arbitraje de consumo si el empresario acepta la solicitud presentada por el consumidor. A tal fin, cuando la Junta Arbitral reciba una solicitud de arbitraje por parte de un consumidor y no conste la existencia de un convenio arbitral previo, o éste no sea válido, dará traslado de dicha solicitud al empresario reclamado para que en un plazo de 15 días acepte el arbitraje y, en su caso, conteste a la solicitud formulando las alegaciones oportunas.

Si en el caso de la oferta pública era el empresario el que iniciaba la formalización del arbitraje, aquí es el consumidor el que ofrece al empresario la posibilidad de resolver la discrepancia por medio del arbitraje: para la formalización de este convenio es necesaria la expresión de voluntad del empresario, aceptando la sumisión y efectuando la contestación. La falta de manifestación en el plazo de 15 días desde la recepción de la notificación de la solicitud de arbitraje se entenderá como una negativa a aceptar la sumisión, dejando al consumidor la única opción de acudir a la vía judicial. No obstante, algún autor sos-

⁴⁷ El borrador de regulación resolvía el problema al establecer que «la renuncia (a la oferta pública de sometimiento a arbitraje) no afectará a las relaciones de consumo perfeccionadas durante el período en que estuviera vigente la oferta».

⁴⁸ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 221-228 ss.

tiene, con fundamento en alguna sentencia, que el transcurso del citado plazo de 15 días no impide, en caso de aceptación posterior, la validez del acuerdo.

Si el empresario acepta sin más la solicitud, el convenio se perfecciona. Pudiera ocurrir que el empresario aceptara parcialmente el arbitraje solicitado por el consumidor. En este caso, el convenio se perfecciona únicamente respecto de aquellos extremos en que existe coincidencia de voluntades, no existiendo impedimento alguno a esa sumisión parcial.

6. Organización del sistema arbitral de consumo

6.1. *El sistema arbitral de consumo como organización administrativa.* – La organización del Sistema Arbitral de Consumo – a la luz del Real Decreto 231/2008 – se fundamenta en dos órganos de naturaleza y cometidos bien diferentes: las Juntas Arbitrales de Consumo (órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo que prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría) y los Órganos Arbitrales (órganos de naturaleza no administrativa, integrados por árbitros acreditados y designados por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo con el fin de resolver las controversias encomendadas)⁴⁹. Además, para lograr el funcionamiento integrado del Sistema Arbitral de Consumo se crean dos instituciones fundamentales: la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo⁵⁰.

Antes de analizar la composición y las características del sistema arbitral de consumo, con el fin de no confundir Junta Arbitral de Consumo y Órgano Arbitral, debe diferenciarse brevemente éste del arbitraje administrativo, es decir, del sometido

⁴⁹ A.M. LORCA NAVARRETE, *La nueva regulación del arbitraje de consumo. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2008, p. 13.

⁵⁰ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 196 señala que: “la creación de estas dos instituciones tiene como finalidad, como señala el propio Real Decreto en la parte expositiva, garantizar el funcionamiento integrado del sistema arbitral de consumo y la seguridad jurídica de las partes.

miento de la Administración a arbitraje como una de las partes en conflicto⁵¹. El arbitraje administrativo que puede estar referido a materias administrativas (relaciones jurídico-públicas)⁵² o civiles (relaciones privadas) se separa del arbitraje de la Administración porque en este último caso la Administración no es parte del conflicto, sino que interviene para dirimirlo. Quiere decirse que la Administración no es la destinataria de la actividad o laudo arbitral, sino que es ella quien los proporciona⁵³.

En el caso del consumo, el arbitraje, tal y como establecía el Real Decreto 636/1993, estaba confiado a la Administración Pública⁵⁴. La creación de la organización arbitral de consumo se situaba en el marco general que ordenaba la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el citado Real Decreto. Este reglamento preveía la constitución de una Junta Arbitral de Consumo adscrita al Instituto Nacional de Consumo, pero también Juntas Arbitrales de Consumo de ámbito municipal, supramunicipal, provincial y autonómico mediante convenios o acuerdos suscritos entre dicho Instituto y las correspondientes Administraciones Públicas. Como las Juntas se establecían por iniciativa de las Administraciones territoriales, se entendía, para un sector doctrinal, que formaban parte de éstas. Sin embargo, para otro, era al Gobierno estatal a quien correspondía establecer el sistema arbitral⁵⁵. Como argumento invocaban el hecho

⁵¹ M. GÓMEZ PUENTE, *Sobre la organización, función y naturaleza del sistema arbitral de consumo*, «Estudios sobre consumo», n. 59, Madrid, octubre, 2001, p. 202.

⁵² Cuando la Administración actúa provista de sus potestades públicas, esa relación en la que intervenga será una relación jurídico-pública. En cambio, cuando actúe desprovista de las mismas, se someterá a arbitraje igual que pueden hacerlo los particulares y la resolución arbitral del conflicto seguirá los cauces ordinarios del ordenamiento jurídico-privado.

⁵³ M. GÓMEZ PUENTE, *Sobre la organización...*, cit., p. 203.

⁵⁴ Comúnmente se entiende por *arbitraje de la Administración* toda la actividad administrativa que tiene por finalidad resolver conflictos jurídicos entre particulares, sobre derechos administrativos o privados, mediante una decisión administrativa. Esta actividad administrativa arbitral es auténtica cuando las partes deciden libremente someter el conflicto, renunciando a plantear la controversia en sede jurisdiccional.

⁵⁵ M. GÓMEZ PUENTE, *Sobre la organización...*, cit., p. 208.

de que el Tribunal Constitucional, en varias sentencias⁵⁶, confirmó la competencia exclusiva del Estado para establecer dicho sistema y crear los correspondientes órganos estatales:

«El establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales de los artículos 149.1.5.a) y 6.a) de la Constitución, pues siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdicción civil – esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada –, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral o al sistema de recursos, con la Administración de Justicia».

Ahora bien, no debe olvidarse que existía también en el artículo 31.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios el mandato legal de la participación de las Administraciones Públicas competentes en materia de consumo en los órganos de arbitraje, así como el hecho de que constituye un principio constitucional de la acción pública la colaboración interadministrativa, perspectiva desde la que interesa destacar, además, la existencia de las Oficinas Municipales de Consumo, cuya experiencia, actividad informativa o divulgativa e implicación parecían imprescindibles para el desarrollo y eficacia del sistema arbitral.

6.1.1. Órganos. – Dado que el sistema arbitral de consumo está compuesto por un conjunto de órganos, conviene examinarlos detenida y separadamente:

a) Junta Arbitral de Consumo

Concepto y clases (artículo 5 R.D.S.A.C.): Las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros. Son Juntas Arbitrales de Consumo: a) La Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional del Con-

⁵⁶ Entre otras, así lo hacen las sentencias del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero, y 62/1991, de 22 de marzo.

sumo. b) Las Juntas Arbitrales territoriales constituidas mediante convenio de colaboración entre las Administraciones públicas y el Instituto Nacional del Consumo, en el que podrá preverse la constitución de delegaciones de la Junta Arbitral territorial, ya sean territoriales o sectoriales.

Naturaleza jurídica: El primer dato significativo que merece ser destacado de la naturaleza jurídica es su carácter administrativo, es decir, las Juntas Arbitrales de Consumo son órganos administrativos integrados en la estructura administrativa de las Administraciones Públicas que las sustentan.

Constitución: Cuando se habla de la creación de la Junta Arbitral, debe distinguirse entre la creación y la constitución de la misma porque al observar el art. 5 R.D.S.A.C. se constituye la Junta Arbitral Nacional adscribiéndola al Instituto Nacional del Consumo. Esto es, existen dos pasos: la creación de la Junta por imperativo del propio R.D.S.A.C. y su adscripción al Instituto Nacional del Consumo, ubicándola en el seno de la Administración de la que va a depender. El apartado segundo de este mismo artículo hace lo mismo respecto de las demás Juntas Arbitrales: se crearán o establecerán por la Administración del Estado y en un segundo momento, por mediación del acuerdo a suscribir con las Administraciones Públicas interesadas se constituirán en dicho ámbito⁵⁷.

¿Qué es crear una Junta Arbitral? Se distinguen en el convenio de colaboración o acuerdo entre el Instituto Nacional de Consumo y las Administraciones Públicas dos actuaciones: el acuerdo para implantar el sistema arbitral de consumo en un ámbito territorial determinado en la que la Administración ejerce sus competencias y la disposición de la estructura orgánica necesaria para sus fines por parte de la Administración Pública que la asumirá.

Estructura (artículo 7 R.D.S.A.C.): La estructura organizativa básica queda regulada en el art. 7 R.D.S.A.C. En dicho precepto se dice que las Juntas Arbitrales estarán integradas por su presidente y el secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas y por el personal de apoyo adscrito a dicho órgano. Características:

⁵⁷ J.L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Origen, estructura y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2006, p. 231-232.

- Los cargos han de recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas⁵⁸.
- Son designados por la Administración de la que dependa la Junta Arbitral.
- Los nombramientos han de publicarse en el diario oficial que corresponda al ámbito territorial la Junta Arbitral.
- Las resoluciones de los presidentes de la Junta Arbitral ponen fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en el art. 36 (admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje).
- El secretario garantiza el funcionamiento administrativo de la Junta Arbitral.
- Cuando se creen delegaciones territoriales o sectoriales, se podrán designar presidentes y secretarios de la delegación territorial o sectorial, sin perjuicio de la capacidad del presidente para designar órganos arbitrales que conozcan de los conflictos en los ámbitos territoriales en los que no exista Junta Arbitral territorial o delegaciones la misma.

Funciones (artículo 6 R.D.S.A.C.): Las Juntas Arbitrales de Consumo desempeñan las siguientes funciones: a) Fomentar el arbitraje de consumo entre empresas o profesionales, consumidores o usuarios y sus respectivas asociaciones, procurando la adhesión de las empresas o profesionales al Sistema Arbitral de Consumo mediante la realización de ofertas públicas de adhesión. b) Resolver sobre las ofertas públicas de adhesión y conceder o retirar el distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, así como gestionar y mantener actualizados los datos de las empresas o profesionales que estén adheridos al Sistema Arbitral de Consumo a través de la Junta Arbitral de Consumo. c) Comunicar al registro público de empresas adheridas al Sistema Arbitral de Consumo los datos actualizados de las empresas o profesionales que hayan realizado ofertas públicas de adhesión al Sistema Ar-

⁵⁸ J.A. RUÍZ JIMÉNEZ, *Análisis crítico del sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2007, p. 275 explica que esta exigencia se ha venido interpretando de un modo muy amplio, de manera que el vínculo puede tener naturaleza administrativa – no se requiere que sea funcionario – o laboral, incluso civil, a través de un contrato de arrendamiento de servicios. También se ha entendido que la vinculación no debe ser estrictamente con la Administración soporte de la Junta Arbitral, sino con cualquier otra.

bitral de Consumo a través de la Junta Arbitral de Consumo. d) Dar publicidad de las empresas o profesionales adheridos al Sistema Arbitral de Consumo mediante ofertas públicas de adhesión, en particular en el respectivo ámbito territorial. e) Elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados ante la Junta Arbitral de Consumo. f) Asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38. g) Gestionar el archivo arbitral, en el que se conservarán y custodiarán los expedientes arbitrales. h) Llevar los libros de registro relativos a los procedimientos arbitrales a través de las aplicaciones informáticas correspondientes y, en su defecto, manualmente. i) Gestionar, custodiar o depositar ante la institución que se acuerde los bienes y objetos afectos a los expedientes arbitrales, cuando lo acuerde el órgano arbitral que conozca del conflicto o el presidente de la Junta Arbitral, a solicitud de las partes antes de la designación del órgano arbitral. j) Impulsar y gestionar los procedimientos arbitrales de consumo. k) Proveer de medios y realizar las actuaciones necesarias para el mejor ejercicio de las funciones de los órganos arbitrales y, en su caso, de los mediadores. l) Gestionar un registro de laudos emitidos, cuyo contenido, respetando la privacidad de las partes, será público. m) Poner a disposición de los consumidores o usuarios y de las empresas o profesionales formularios de solicitud de arbitraje, contestación y aceptación, así como de ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo. n) En general, cualquier actividad relacionada con el apoyo y soporte a los órganos arbitrales para la resolución de los conflictos que se sometan a la Junta Arbitral de Consumo.

Competencias: Uno de los problemas que presentaba la anterior regulación del arbitraje de consumo era la determinación de la Junta Arbitral territorialmente competente para conocer de las solicitudes de arbitraje presentadas por los consumidores. Sin embargo, ahora el R.D.S.A.C. establece reglas claras sobre el reparto territorial de las competencias; para ello hay que distinguir según se trate de una solicitud individual de arbitraje o colectiva⁵⁹.

⁵⁹ M.D. FERNÁNDEZ FUSTES, *La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008*, «Resolución de conflictos en materia de consumo...», cit., p. 200.

- 1) Solicitud individual: el primer criterio será el acuerdo de las partes. Será territorialmente competente para conocer de la solicitud individual la Junta Arbitral a la que ambas partes, de mutuo acuerdo, decidan someter la solución del conflicto (art. 8.1 R.D.S.A.C.). A falta de acuerdo, la Junta Arbitral en la que tenga su domicilio el consumidor. Si existieran varias competentes, la de inferior ámbito territorial (art. 8.2 R.D.S.A.C.). Por último, si existe oferta pública de adhesión, será competente la Junta Arbitral a la que se haya adherido la empresa o profesional (art. 8.3).
- 2) Solicitud colectiva: si se trata de una pluralidad de solicitudes acumuladas en un solo procedimiento, habrá que acudir al art. 57 R.D.S.A.C., según el cual «conocerá de los procedimientos arbitrales colectivos, la Junta Arbitral de Consumo que sea competente en todo el ámbito territorial en el que están domiciliados los consumidores y usuarios, cuyos legítimos derechos e intereses económicos hayan podido verse afectados por el hecho». Es decir, la Junta en la que estén domiciliados todos los consumidores y usuarios. Si los consumidores tuvieran su domicilio en más de una Comunidad Autónoma, la competencia corresponde a la Junta Arbitral Nacional.

Tratamiento procesal de la competencia territorial: ¿qué sucede cuando la Junta Arbitral ante la que se presenta la solicitud se considere incompetente? El R.D.S.A.C. señala que, presentada la solicitud, el presidente examinará la competencia territorial y si considera que es incompetente, dará traslado a la Junta Arbitral que estime competente (art. 37). No obstante, el R.D. no prevé qué sucederá cuando esta Junta Arbitral también se considere incompetente⁶⁰.

⁶⁰ M.D. FERNÁNDEZ FUSTES, *La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008*, «Resolución de conflictos en materia de consumo...», cit., p. 201 señala cuáles pueden ser las dos posibles soluciones: “por un lado, podríamos interpretar que la falta de previsión legal determina que esta Junta Arbitral no podrá rechazar el conocimiento del asunto, aun cuando se considera incompetente. Sin embargo, consideramos más acertado interpretar que si dicha Junta tampoco se considera competente, sería posible que se planteara un conflicto negativo de competencia entre ambas Juntas Arbitrales ante la Comisión de la Junta Arbitral de Consumo, ya que, a ésta le corresponde establecer criterios homogéneos entre las distintas Juntas Arbitrales”.

b) Órganos Arbitrales de Consumo

Concepto (artículos 19 y 20 R.D.S.A.C.): El R.D.S.A.C. prevé la posibilidad de que actúe un colegio arbitral o, en determinados asuntos, un árbitro único:

1. Árbitro único: conocerá de los asuntos un árbitro único: a) cuando las partes así lo acuerdes; b) cuando lo acuerde el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje.

El primer criterio será el acuerdo entre las partes, dándose prioridad a la autonomía de la voluntad. Esta facultad deriva de la disponibilidad de los derechos materiales que se ventilan en el arbitraje de consumo. Se trataría de un pacto a través del cual las partes optan por someter la decisión de su controversia a un árbitro único⁶¹, por lo que debe ser bilateral y expreso. También se prevé la posibilidad de que el presidente acuerde que el asunto sea tramitado por un árbitro único si concurren dos requisitos: la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y el asunto no sea complejo⁶².

2. Colegio arbitral: como establece el art. 20.1, el órgano arbitral colegiado se denomina colegio arbitral y estará integrado por tres árbitros acreditados elegidos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. El presidente será el árbitro propuesto por la Administración. No obstante, el apartado 2 del art. 20 R.D.S.A.C. prevé dos supuestos en los que las partes de común acuerdo podrán solicitar que se designe como presidente a un árbitro distinto: cuando la especialidad de la reclamación así lo requiera y cuando la reclamación se dirija contra una entidad pública vinculada a la Administración a la que está adscrita la Junta

⁶¹ El árbitro único será designado entre los árbitros acreditados propuestos por la Administración pública. No obstante, será posible que las partes, de común acuerdo, soliciten por la especialidad de la materia que dicha designación recaiga en otro árbitro acreditado (art. 19.3 R.D.S.A.C.).

⁶² La finalidad que persigue el legislador es reducir el coste económico que tiene el arbitraje para la Administración, pues para ese tipo de conflictos de escasa complejidad o cuantía no parece adecuado un colegio de tres árbitros.

Arbitral de Consumo.

Naturaleza jurídica: Los órganos arbitrales no son órganos administrativos; por tanto, sus resoluciones tampoco serán actos administrativos, sino resoluciones sometidas a la regulación del R.D.S.A.C. y, supletoriamente, a la Ley de Arbitraje y a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Constitución: La constitución se realiza en los términos establecidos por el art. 16.1 R.D.S.A.C., «la Administración, entre el personal a su servicio, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos exigidos por la normativa autonómica que les resulte de aplicación, las organizaciones empresariales o profesionales legalmente constituidas y, en su caso, las Cámaras de Comercio propondrán al presidente de la Junta Arbitral de Consumo las personas que actuarán como árbitros en los procedimientos arbitrales que se sustancien en ella». Una vez realizada la propuesta, las personas propuestas deberán solicitar al presidente su actuación para actuar ante ella. Dicha solicitud implica la aceptación de su inclusión en la lista de árbitros acreditados ante la Junta Arbitral y la aceptación del cargo en los procedimientos en que sea designado como tal.

Estructura: El vigente R.D.S.A.C. permite que se constituyan órganos arbitrales no sólo colegiados, sino también unipersonales.

Los órganos unipersonales son los que conocen de los asuntos arbitrales (árbitros únicos). El árbitro único es designado entre los árbitros acreditados propuestos por la Administración pública, es decir, es la Administración la que determina su constitución, salvo que las partes, de común acuerdo, soliciten por razones de especialidad que dicha designación recaiga en otro árbitro acreditado.

Los órganos arbitrales colegiales son los que actúan en todos los casos en que las controversias son superiores a 300 euros. El colegio sigue las pautas tradicionales: está integrado por tres árbitros acreditados elegidos cada uno de ellos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. Los tres árbitros actuarán de forma colegiada, asumiendo la presidencia el órgano propuesto por la Administración. Sin embargo,

este criterio cambia cuando las partes de común acuerdo soliciten la designación de un presidente del órgano distinto del árbitro propuesto por la Administración, cuando «la especialidad de la reclamación así lo requiera o en el supuesto de que la reclamación se dirija contra una entidad pública vinculada a la Administración a la que esté adscrita la Junta Arbitral de Consumo».

Adscrito a los órganos arbitrales unipersonales o colegiados se encuentra el secretario arbitral (artículo 18.2 R.D.S.A.C.). A él le corresponde: a) velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los órganos arbitrales en el ejercicio de su función; b) dejar constancia de la realización de actos procedimentales por el órganos arbitral o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procedimental; c) asegurar el funcionamiento del registro de recepción de documentos que se incorporen a las actuaciones, expidiendo en su caso las certificaciones que sean solicitadas; d) expedir certificaciones; e) documentar y formar los expedientes del procedimiento arbitral; f) facilitar a las partes información; g) ordenar e impulsar el procedimiento; h) levantar acta de las audiencias; i) realizar notificaciones de las actuaciones arbitrales.

Funciones: El árbitro único puede actuar cuando las partes no hayan acordado nada sobre el particular de mutuo acuerdo, «siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 ? y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje».

El colegio arbitral interviene cuando las controversias son superiores a trescientos euros.

c) Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo

El artículo 9 R.D.S.A.C. dispone que: «la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo es un órgano colegiado, adscrito funcionamiento al Instituto Nacional del Consumo a través de la Junta Arbitral Nacional, con competencia para el establecimiento de criterios homogéneos en el Sistema Arbitral de Consumo y las Juntas Arbitrales de Consumo en los supuestos previstos en el art. 36». Por tanto, se trata de un órgano colegiado que está integrado por tres miembros: el presidente, que será el presidente de la Junta Arbitral Nacional, y dos vocales designados por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo,

entre los presidentes de las Juntas Arbitrales territoriales (artículo. 10 R.D.S.A.C.).

El principal objetivo de esta comisión es el establecimiento de criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo y la resolución de los recursos frente a las resoluciones de los presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo. En concreto, se les encomiendan las siguientes funciones:

- 1) La resolución de los recursos que planteen las partes sobre la admisión o inadmisión a trámite de una solicitud de arbitraje, conforme a lo previsto en el artículo 36 R.D.S.A.C.
- 2) La emisión de informes técnicos, dictámenes o recomendaciones que sirvan de apoyo a los árbitros en el ejercicio de sus funciones, en particular ante la existencia de laudos contradictorios que lleguen a pronunciamientos divergentes ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Los informes, dictámenes o recomendaciones salvaguardan la independencia e imparcialidad de los árbitros que, motivadamente, podrán apartarse de su contenido. Los informes, dictámenes o recomendaciones se emitirán a iniciativa de los presidentes de las Juntas Arbitrales, de los árbitros o de las partes en el procedimiento arbitral, en el plazo máximo de treinta días a contar desde el siguiente a la recepción de la solicitud por la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y publicados en la página web del Instituto Nacional de Consumo. Los informes, dictámenes o recomendaciones, para cuya emisión podrá recabarse de las Juntas Arbitrales toda la documentación e información que se considere oportuna, serán públicos y deberán ser notificados por la Secretaría de la Comisión a las Juntas Arbitrales de Consumo y sus delegaciones.
- 3) La emisión del informe preceptivo en la admisión de ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo. El informe negativo de la Comisión será, además, vinculante para la Junta Arbitral de Consumo. El informe se pronunciará igualmente sobre la procedencia de conceder el distintivo de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo.
- 4) La emisión del informe preceptivo y no vinculante en el procedimiento de retirada de la acreditación como árbitro del

Sistema Arbitral de Consumo, en los casos previstos en el artículo 23.1.

5) Los informes previstos en los apartados 3 y 4 se emitirán en el plazo de quince días desde el siguiente a la recepción en la comisión de la solicitud de la Junta Arbitral competente.

d) Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo

Es el órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional de Consumo, de representación y participación en materia de arbitraje de consumo (artículo 12 R.D.S.A.C.). A él se le encomiendan las funciones relativas al establecimiento de criterios generales del funcionamiento del sistema con la doble finalidad de garantizar la transparencia en el funcionamiento del sistema y reforzar la seguridad jurídica de las partes.

El Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo estará constituido por el presidente, el vicepresidente y los consejeros. Su presidente será el presidente del Instituto Nacional de Consumo. Estará formado por una amplia representación de la Administración General del Estado, de las Juntas Arbitrales de Consumo y de distintas organizaciones sociales (artículo 13 R.D.S.A.C.).

Como establece el artículo 15 R.D.S.A.C., sus funciones son:

- 1) El seguimiento, apoyo y las propuestas de mejora del Sistema Arbitral de Consumo.
- 2) La aprobación de la memoria anual del Sistema Arbitral de Consumo.
- 3) La aprobación de los programas comunes de formación de los árbitros y la fijación de los criterios de honorabilidad y cualificación para su acreditación.
- 4) La elaboración de directrices generales sobre los supuestos de admisión de las ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo.
- 5) La aprobación de planes estratégicos de impulso del Sistema Arbitral de Consumo.
- 6) La propuesta de convenios marco de constitución de las Juntas Arbitrales territoriales. La designación de los miembros no natos de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y los árbitros.
- 7) La edición y divulgación de los informes técnicos, dictámenes y recomendaciones de la Comisión de las Juntas Arbitra-

les de Consumo y de los laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo.

- 8) El establecimiento de criterios homogéneos sobre la creación de órganos arbitrales sectoriales y especializados.
- 9) El resto de las funciones previstas legal o reglamentariamente y, en su caso, las que encomiende el Instituto Nacional del Consumo y la Conferencia Sectorial de Consumo.

7. *Conclusiones.* – Tras el estudio de conjunto efectuado del sistema arbitral de consumo en España, con especial énfasis en la regulación existente en el vigente y reciente Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, son varias las consideraciones y apreciaciones que entendemos que resultan destacables.

No cabe duda de que el sobrecolapso que experimentan los Jueces y Tribunales que conforman nuestras Oficinas Judiciales aconseja el fomento de fórmulas extrajudiciales de resolución de los conflictos, tales como la mediación y el arbitraje. Ahora bien, debe tratarse de fórmulas que den respuesta a las necesidades de los ciudadanos de una forma eficaz y sin pérdidas de las garantías básicas de todo Estado de Derecho; la «alternativa» es precisamente tal en la medida en que sea capaz de ofrecer resultados semejantes, pero mediante procedimientos diferentes.

Asimismo, dichos sistemas alternativos de resolución de los conflictos cobran especial relevancia en el ámbito de aquellos sectores potencialmente litigiosos, ya que son esos sectores los factores fundamentales del sobrecolapso enunciado inicialmente. En este contexto es en el que precisamente nos movemos en el presente trabajo, a saber, en un sector, el del consumo, en el que los litigios, los conflictos entre los agentes involucrados se cuentan por millares cada día; y en el que, en consecuencia, la existencia de una alternativa a la jurisdicción resulta altamente aconsejable y necesaria.

Nuestro legislador, consciente de esta realidad, tanto a nivel nacional, como sobre todo, a nivel comunitario, se ha encargado de dictar normas que den respuesta a tales necesidades, creando así el denominado «sistema arbitral de consumo» de cuyo estu-

dio nos hemos encargado mediante el presente trabajo. En efecto, es tal el desarrollo de las relaciones entre consumidores y empresarios, que son numerosas las normas que se han dictado en ese ámbito y en lo concerniente al arbitraje de los conflictos surgidos de tales relaciones. Concretamente ha sido el año 2008 el último en el que se ha dictado una relevante norma reguladora del arbitraje de consumo, que ha venido a dar respuesta a las numerosas necesidades y deficiencias que tanto doctrina como jurisprudencia han venido destacando desde la publicación de la anterior norma de 1993. La valoración que efectúa la doctrina mayoritaria respecto del Real Decreto de 2008 es ciertamente positiva, pero la realidad sigue yendo por delante del Derecho y las necesidades y deficiencias siguen surgiendo, de ahí que la revisión de ciertos aspectos sea ciertamente aconsejable.

No se pretende en estas breves líneas conclusivas efectuar un detallado análisis de aquellas cuestiones que necesitan de revisión según el parecer de la mejor doctrina, pero sí merece la pena detenerse y apuntar aquellas cuestiones que más deben suscitar la reflexión de la comunidad científica. Ciertamente, como decimos, la regulación del sistema arbitral de consumo existente en la actualidad puede juzgarse como positiva, y prueba de ello es el frecuente empleo del mismo que los agentes de consumo hacen. Ahora bien, este éxito puede convertir a un sistema alternativo eficaz en justamente lo contrario; esto es, el sistema arbitral de consumo, al igual que hicieran los títulos-valores, puede morir de éxito, en la medida en que comienza a sobrecolapsarse un sistema que precisamente trata de evitar el colapso (jurisdiccional).

¿Cómo podría evitarse esta muerte anunciada? Pues bien, analizando las características básicas del sistema, son varias las medidas que podrían adoptarse en aras de evitar tal fenecimiento. Entre otras, puede destacarse, la eliminación de la gratuidad del sistema arbitral de consumo. Como hemos estudiado a lo largo del trabajo, uno de los rasgos que caracterizan al sistema arbitral de consumo es precisamente su gratuidad, gratuidad que se ve excepcionada en ciertos supuestos, pero como es evidente, fomenta su empleo hasta unos niveles inasumibles para nuestra Administración. De ahí que resulta aconsejable, aunque

impopular, convertir nuestro sistema arbitral de consumo en un sistema oneroso, o al menos, con postulación obligatoria; ello contribuiría a descargar al sistema, y evitar su uso en supuestos innecesarios que obstaculizan a los verdaderamente relevantes y necesitados de una respuesta inmediata.

Otra cuestión que merece cierta reflexión, también relativa a las características configuradoras de nuestro sistema arbitral de consumo es la concerniente a la denominada «unidireccionalidad» predicable del sistema. Como hemos estudiado a lo largo del trabajo, el sistema arbitral es un sistema al que sólo puede acudir, que sólo puede iniciarse, por una de las partes en las relaciones de consumo, a saber, el usuario o consumidor, pero no el empresario. Nosotros, en consonancia con cierto sector doctrinal autorizado, abogamos por la bilateralidad del sistema arbitral de consumo. ¿Acaso el sistema arbitral está única y exclusivamente pensado para favorecer a los consumidores? Parece claramente que únicamente se trata de dar respuestas eficaces a los conflictos surgidos entre empresarios y usuarios, y de manera «alternativa» a la jurisdicción, esto es, respetando como principio esencial la igualdad de las partes en presencia. Pues bien, la mencionada unidireccionalidad ciertamente rompe la igualdad básica del procedimiento arbitral, ya que impide la iniciativa por parte de los empresarios. De hecho, prueba de que tal nota característica no sea del todo aconsejable es el texto mismo del Real Decreto de 2008, en cuyo artículo primero se limita a calificar el arbitraje de consumo como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial «de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales», sin concretar la procedencia o a quién corresponde su iniciación.

Además, la pregonada bilateralidad del sistema arbitral de consumo evitaría resultados o fallos contradictorios: se dilucidarían en el mismo procedimiento las pretensiones del consumidor y del empresario e, incluso, se acabaría con los posibles problemas de indefensión que para éste que pudieran plantearse. Y ello, por supuesto, sin olvidar que la protección de la parte contratante débil por parte de los poderes públicos no debe realizarse con la finalidad de defender únicamente al consumidor, sino también para obtener la mayor eficiencia para todos los

sujetos implicados. Debe tenerse presente que para resolver los conflictos vía arbitraje de consumo es imprescindible contar con el consentimiento del empresario, que difícilmente lo otorgará si este medio extrajudicial se articula única y exclusivamente para defender al consumidor. Con lo cual, este concreto arbitraje, aunque teóricamente muy protector del consumidor, acaba mediante la unidireccionalidad quedando en papel mojado.

En definitiva, nuestro sistema arbitral de consumo puede calificarse como sumamente positivo y exitoso, hasta el punto de que puede llegar a morir de éxito, y su fracaso precisamente puede evitarse invirtiendo ciertos elementos configuradores del mismo tales como la gratuidad y la unidireccionalidad.

BRUNO TROISI

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 272/2012
IN TEMA DI MEDIAZIONE OBBLIGATORIA
(nelle riflessioni dei primi commentatori)

SOMMARIO: 1. La questione pregiudiziale accolta e le illegittimità derivate. - 2. Le altre questioni di merito sollevate. - 3. Le ripercussioni sul sistema della mediazione civile e commerciale.

1. *La questione pregiudiziale accolta e le illegittimità derivate.* – Com'è noto, la Corte costituzionale, con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, si è pronunciata sulle questioni di costituzionalità sollevate da ben otto ordinanze di rimessione, in merito alla mediazione obbligatoria prevista dall'art. 5, co. 1, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28¹.

L'alto numero di questioni sollevate, soprattutto in considerazione del breve arco temporale (un anno circa), testimonia, in primo luogo, le incertezze e i contrasti riguardanti il nuovo istituto, nei cui confronti persiste un diffuso scetticismo, se non addirittura una ostile diffidenza, soprattutto da parte del mondo degli operatori del diritto, per i quali proprio il carattere dell'obbligatorietà è stato l'elemento di maggiore criticità (la stessa Corte non ha mancato di sottolineare, in un passaggio della sentenza, che "i rapporti sostanziali dedotti in causa concernono profili at-

¹ In relazione alla sentenza 6 dicembre 2012 n. 272 della Corte costituzionale, tra gli altri commenti, v. G. PISTORIO, *Usa o abuso dell'assorbimento? Note a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2012, pp. 4333 ss.; C. BESSO, *La Corte costituzionale e la mediazione*, in *Diritto processuale civile*, 3, 2013, pp. 605 ss.; G. COSMELLI, *Ancora in tema di illegittimità della mediazione civile c.d. obbligatoria: sugli effetti dei comunicati-stampa della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2013, pp. 498 ss.; C.I. BUONOCORE, *La Consulta e l'incostituzionalità dell'obbligo del previo tentativo di mediazione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5, 2013, pp. 483 ss.

tinenti alla mediazione nel processo civile, che possono *anche* riguardare interessi professionali della classe forense o delle Camere di Commercio, ma concernono più in generale le posizioni che le parti intendono azionare nel processo”).

Peraltro, delle numerose questioni sollevate, la Corte ha esaminato e accolto la sola questione, ritenuta pregiudiziale, relativa al difetto di delega da parte del Parlamento al Governo, relativamente alla obbligatorietà del tentativo di mediazione in determinate materie, con riferimento agli artt. 76 e 77 Cost.; e ha considerato assorbite tutte le altre questioni.

Tuttavia, se è mancata una pronuncia sui profili sicuramente più interessanti posti dalle questioni assorbite, la Corte ha fatto un ampio uso della dichiarazione di incostituzionalità consequenziale, facendo venir meno tutta una serie di norme dello stesso d.lgs. n. 28/2010, diverse ed ulteriori rispetto all’art. 5, co. 1.

Per quanto riguarda il merito della decisione, la Corte ha concluso nel senso che né gli atti dell’Unione europea richiamati dalla legge delega 69/2009, né la stessa legge delega (segnatamente, nell’art. 60), consentissero di ritenere incluso, tra i principi e i criteri direttivi ivi contemplati, la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione.

La Corte costituzionale ha giudicato che, pur nel *favor* dimostrato verso l’istituto della mediazione, come strumento idoneo a fornire una soluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell’Unione non imponga e nemmeno consigli l’adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che quell’obbligatorietà eventualmente preveda (in applicazione del principio di sussidiarietà)².

E ciò, nonostante che la Corte di giustizia, con la pronuncia del 18 marzo 2010³, resa a proposito del tentativo obbligatorio di

² Così, I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Il Corriere giuridico*, 2/2013, p. 263.

³ Sentenza del 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08 a C-30/08, R. Alassini e a., sulla quale, tra i tanti commenti, v. M. CASTELLANETA, *Marina: la soluzione extragiudiziale delle controversie realizza pienamente l’obiettivo della direttiva*, in *Guida al Diritto*, 14, 2010, pp. 27 ss.; G. RIZZO, *L’obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunica-*

conciliazione in materia di telecomunicazioni, avesse ritenuto che la previsione di un tentativo facoltativo di conciliazione, anziché di uno obbligatorio, non potesse rappresentare uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione degli obiettivi perseguiti, trattandosi, ad avviso della Corte costituzionale, di un rilievo, quello del Giudice dell'Unione, che «non può costituire un precedente, sia perché si tratta di un *obiter dictum*», sia perché la sentenza in questione è intervenuta «su una procedura conciliativa concernente un tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi), là dove la mediazione di cui si discute riguarda un numero rilevante di vertenze, che rende non compatibili le due procedure anche per le differenze strutturali che le caratterizzano»⁴.

La pronuncia in questione ha, dunque, condiviso l'impostazione dei giudici rimettenti, concludendo nel senso dell'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega (*rectius*, eccesso dalla delega), della opzione per un modello di mediazione di carattere obbligatorio, ritenendo di non poter desumere l'obbligatorietà da nessuna disposizione della legge delega. Un modello che, in quanto destinato ad operare per un numero consistente di controversie, la Corte ha ritenuto di non giustificare, sempre sotto il profilo dell'eccesso dalla delega, così come aveva fatto per la condizione di procedibilità, all'epoca prevista dal codice di rito in materia di lavoro, per la quale, invece, il giudice delle leggi, nel giudicare legittimo il modello obbligatorio, aveva valorizzato la circostanza che la messa a punto di strumenti idonei ad agevolare la composizione stragiudiziale delle controversie apparisse «un momento essenziale per la riuscita della riforma» e rappresentasse il coerente sviluppo di un principio già presente nello specifico settore⁵.

zioni elettroniche tra operatori di comunicazione e utenti finali, in *Il Corriere giuridico*, 2010, pp. 1292 ss.; C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 2585 ss.

⁴ Così, ancora, I. PAGNI, *op. loc. cit.*

⁵ I. PAGNI, *op. cit.*, p. 264.

2. *Le altre questioni di merito sollevate.* – Come si è detto all’inizio, se è mancata una pronuncia sui profili sicuramente più interessanti posti dalle questioni assorbite, di cui poi diremo, la Corte ha fatto un ampio uso della dichiarazione di incostituzionalità consequenziale.

In particolare, ha dichiarato la illegittimità delle altre norme del d.lgs. n. 28 del 2010 per le parti che richiamano o presuppongono la obbligatorietà della mediazione, ridisegnando così alcuni profili della disciplina tra i quali, particolarmente, l’incidenza sul rapporto tra avvocato e cliente ed i rapporti tra procedura e processo (ma di questi profili, estremamente complessi, non possiamo dar conto in questa sede).

La mediazione è, così, restituita, dalla Corte costituzionale al suo ambito naturale: quello di uno strumento negoziale, che si fonda su valutazioni di opportunità e convenienza, le quali non devono essere condizionate dal timore di possibili ripercussioni negative nell’eventuale successivo episodio contenzioso.

In questo quadro, acquista particolare rilievo la figura della mediazione delegata.

La possibilità che le parti addivengano ad una composizione negoziale della lite su invito del giudice assume, infatti, dopo l’intervento della Corte costituzionale, una particolare centralità, sulla quale occorrerà riflettere, non appena si sarà smorzata l’eco del dibattito che la pronuncia della Corte ha suscitato. In particolare, si dovranno analizzare i modi in cui mediazione e processo si dovranno raccordare, non solo per quanto riguarda l’avvio delle parti in mediazione, ma anche, e soprattutto, per quanto attiene all’opportunità che la definizione della lite si mantenga sul piano stragiudiziale (anche per le peculiarità al verbale di conciliazione, rispetto a quelle che presenta il verbale della conciliazione raggiunta dinanzi al giudice), o invece si riporti nell’alveo del processo; e, ancora, se la composizione bonaria della controversia debba tradursi, nella prospettiva del giudizio, in una declaratoria di cessazione della materia del contendere, o se per le parti sia più conveniente, anche da un punto di vista economico, l’abbandono della lite, col meccanismo dell’art. 309 c.p.c. (mancata comparizione all’udienza)⁶.

⁶ Così, I. PAGNI, *op. cit.*, p. 265.

Come si è detto all'inizio, l'accoglimento della questione concernente l'eccesso di delega ha prodotto l'assorbimento delle altre questioni di costituzionalità proposte alla Corte. Si discute, in proposito, se esse restino impregiudicate per l'eventualità che il legislatore dovesse reintrodurre delle fattispecie di obbligatorietà.

Su alcune di tali questioni, a mio avviso, è opportuno soffermarsi perché dimostrano un rilevante e pericoloso fraintendimento della mediazione.

Il primo e principale fraintendimento, riguardante il tema della competenza del mediatore – tema che, da sempre, tocca un nervo scoperto – è dovuto, come è stato sottolineato dai primi commentatori della decisione in questione, ad un salto logico nel sillogismo: la mediazione è alternativa alla giurisdizione; in sede giurisdizionale sono indispensabili competenze giuridiche; il mediatore deve essere un giurista. Questo è quanto affermato nel ricorso del TAR Lazio e ribadito nell'intervento in causa dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura⁷.

Ancor più grave appare, poi, il fraintendimento in cui è incorso il Tribunale di Torino, secondo il quale «il procedimento di media conciliazione è paragonabile ad un arbitrato irrituale».

Orbene, l'alternatività della mediazione rispetto alla giurisdizione non significa che tutte le caratteristiche della giurisdizione debbano essere presenti anche nella mediazione. Citando un icastico parallelismo operato da uno dei primi commentatori, sarebbe come dire: l'autobus è alternativo al tram; il tram viaggia sui binari; dunque l'autobus ha necessità dei binari. Analogamente, la valenza negoziale del lodo irrituale non significa che la mediazione abbia le stesse caratteristiche dell'arbitrato irrituale sol perché l'esito di ambedue è un negozio⁸.

In realtà, se il risultato della mediazione è alternativo al risultato della giurisdizione, il mezzo per arrivare alla risoluzione della controversia è intrinsecamente diverso: nella giurisdizione (e nell'arbitrato) il diritto sostanziale è il metro per dare un contenuto alla decisione e il rispetto del diritto processuale costituisce la condizione di validità della decisione. Nella risoluzione

⁷ Così, F.P. LUIO, *Commento a Corte cost. 272/2012*, in *Le Società*, 1/2013, p. 77.

⁸ Così, ancora, F.P. LUIO, *op. loc. cit.*

negoziale delle controversie, né l'uno né l'altro sono elementi rilevanti: da un lato, infatti, il contenuto dell'accordo si fonda su una valutazione di convenienza; dall'altro, il procedimento per giungere al testo dell'accordo, che poi le parti approvano, non costituisce condizione di validità dell'accordo stesso⁹.

È vero che, nella negoziazione volta alla risoluzione di una controversia, fra i fattori rilevanti per la valutazione di convenienza vi è anche la fondatezza delle rispettive pretese. Tuttavia, ciò non impone che il mediatore sia esperto di diritto più di quanto impone che il mediatore di compravendite immobiliari sia esperto di diritto o di tecniche costruttive o impiantistiche. Come nella compravendita immobiliare l'acquirente che voglia acquisire elementi relativi allo stato del bene lo farà esaminare da un tecnico di sua fiducia; così, nella mediazione, la parte che voglia acquisire elementi relativi alla fondatezza della sua e dell'altrui pretesa si farà assistere da un avvocato¹⁰.

Si è anche affermato che la necessità di una competenza giuridica sta nel fatto che, diversamente da quel che accade con qualunque altro contratto, è il giudice che dovrebbe dettare la *regula iuris* del caso concreto, sicché con la mediazione si rinuncia a quella che è una delle manifestazioni più alte del potere pubblico. Inoltre, che l'accordo raggiunto in mediazione è particolarmente 'pericoloso', perché ha la forza della sentenza, in quanto è sia titolo esecutivo sia titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, cosa che i contratti di regola non sono¹¹.

Entrambi i rilievi sono in conferenti, nel senso che colgono due punti cruciali del problema, ma nessuno di essi è centrato, rispetto al tema di cui si discute. Non il primo, perché, ad esempio, la transazione (che è uno dei possibili contenuti dell'accordo raggiunto in mediazione) serve, sì, a superare un conflitto, ma non è volta a rimuovere l'incertezza, come la sentenza, bensì, semmai, a dettare la nuova regola per il rapporto. Nella transazione, infatti, diversamente da quel che avviene col provvedimento giurisdizionale, il profilo dell'accertamento è estraneo all'attività delle parti,

⁹ Così, ancora, F.P. LUIO, *op. loc. cit.*

¹⁰ Così, ancora, F.P. LUIO, *op. cit.*, p. 78.

¹¹ Così, I. PAGNI, *op. cit.*, p. 271.

e ciò che ha rilievo non è l'interesse alla verità della posizione, ma l'atto di autonomia con il quale la lite viene risolta o prevenuta¹².

Ma neppure il secondo rilievo giustifica le perplessità avanzate rispetto alla figura del mediatore, sol che si osservi che l'accordo raggiunto in seno al tentativo di conciliazione è titolo esecutivo come sono titoli esecutivi le cambiali, gli assegni bancari e gli altri titoli stragiudiziali che non presuppongono alcuna verifica della bontà delle posizioni delle parti, e che pure consentono di mettere in moto la macchina esecutiva, imponendo al destinatario della pretesa di far valere le proprie ragioni in seno al giudizio di opposizione all'esecuzione. Quanto all'essere titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, non vi è in ciò una parificazione del verbale alla sentenza, ma semplicemente l'applicazione di un principio contenuto già nel d.lgs. 5/2003, che il legislatore delegato aveva l'obbligo di estendere alla materia delle controversie civili e commerciali, in virtù della lett. s) del co. 3 dell'art. 60 l. 69/2009 (oltre che del richiamo contenuto nella lett. c) del medesimo comma)¹³.

E l'ampliamento dei titoli per l'iscrizione di ipoteca giudiziale oltre a quel che consente l'art. 2818 c.c., che limita il novero degli stessi ai provvedimenti del giudice, si inserisce nella medesima tendenza dell'ordinamento che vuole che sia titolo per l'iscrizione di ipoteca il verbale dell'accordo raggiunto dinanzi al consulente tecnico, nominato ex art. 696-bis c.p.c., che certamente non è un esperto in materie giuridiche¹⁴.

Insomma, non sembra che la possibile conformazione dei diritti soggettivi coinvolti dalla mediazione, che l'accordo produce, sia diversa da quella che può determinarsi per effetto di un qualunque contratto (per esempio, della transazione), in cui gli effetti, come nella mediazione, sono voluti dalle parti, e l'assistenza alle parti, come nella mediazione, fino ad oggi non è stata ritenuta necessaria dall'ordinamento. Né sembra che la previsione dell'efficacia sul piano esecutivo dell'accordo avrebbe dovuto implicare un controllo più penetrante, rispetto a quello riservato al giudice del-

¹² Così, I. PAGNI, *op. cit.*, p. 271.

¹³ Così, I. PAGNI, *op. cit.*, p. 271.

¹⁴ Così, I. PAGNI, *op. cit.*, p. 271.

l'omologa, dal momento che i titoli esecutivi stragiudiziali non sono di norma soggetti a verifiche giudiziali di alcun tipo; e tra di essi ve ne sono alcuni, come la cambiale, che non hanno neppure quelle caratteristiche che, nell'atto pubblico o nella scrittura privata autenticata, possono far immaginare maggiori garanzie in ordine all'esistenza dell'obbligo che si porta ad esecuzione (la cambiale, infatti, non è altro che una scrittura privata non autenticata, sia pur soggetta a particolari requisiti di forma)¹⁵.

Il secondo fraintendimento è riconducibile alla mentalità del giudice amministrativo, secondo il quale l'esecutività si identifica con l'imperatività. Afferma, infatti, il TAR Lazio che la necessità della competenza tecnico-giuridica del mediatore deriva dall'efficacia di titolo esecutivo che può acquisire l'accordo omologato. Il giudice amministrativo è abituato a individuare l'oggetto dell'esecuzione nel provvedimento, e non – come, invece, è – nel diritto. E quindi è indotto a considerare l'efficacia esecutiva come un *proprium* dei provvedimenti autoritativi¹⁶.

In realtà, come dimostra l'art. 474 c.p.c., l'esecutività non è una qualità propria delle sole statuizioni giurisdizionali, avendo efficacia esecutiva tutta una serie di atti che sono negoziali, e non sono quindi autoritativo-pubblicistici. In particolare, l'accordo di mediazione, ove redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, è comunque esecutivo anche senza l'omologazione del giudice¹⁷.

Piuttosto, merita sottolineare che il mediatore – proprio perché «esperto» in tecniche di negoziazione e non in materie giuridiche – non può essere onerato anche della redazione del contratto che risolve la controversia. Il mediatore ha il compito di far incontrare la volontà negoziale delle parti, e quindi opera sul piano dei bisogni e degli interessi: la traduzione in termini giuridici della volontà negoziale delle parti non è compito del mediatore. Si tratta, insomma, di una negoziazione assistita, in cui le parti sono sovrane dell'accordo¹⁸.

¹⁵ Così, ancora, I. PAGNI, *op. cit.*, p. 271.

¹⁶ Così, Così, ancora, F.P. LUIO, *op. cit.*, p. 78.

¹⁷ Così, ancora, F.P. LUIO, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸ Così, ancora, F.P. LUIO, *op. cit.*, p. 78.

Torna acconcio il paragone con il mediatore immobiliare: raggiunto l'accordo fra venditore e acquirente, non spetta certo al mediatore redigere l'atto traslativo della proprietà. Ancora una volta, se le parti vogliono, ci penseranno da sole; se non se la sentono, si faranno assistere da tecnici di loro fiducia¹⁹.

Certo, la questione della qualificazione degli organismi di mediazione e dei mediatori non è di poco conto, dal momento che, pur considerando le peculiarità e il carattere informale della procedura di mediazione, basata sul rapporto fiduciario con il mediatore e sulle capacità empatiche e comunicative dello stesso, proprio al fine di garantire la migliore assistenza possibile e l'erogazione di un servizio che risponda agli standard qualitativi ottimali, è necessario garantire la professionalità degli operatori del settore, attraverso la individuazione di ben precisi criteri di accreditamento per l'esercizio delle attività ed il rispetto delle regole poste²⁰.

Un veloce riepilogo dei requisiti richiesti può risultare utile per alcune considerazioni in ordine alle ragioni delle critiche mosse alla figura del mediatore.

Per l'abilitazione alla professione di mediatore sono richiesti, oltre ai requisiti di capacità e godimento dei diritti civili, il possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea triennale (od in alternativa l'iscrizione presso un collegio od albo professionale per un periodo di almeno quindici anni) e la frequenza di un corso di formazione di 50 ore erogato da un ente di formazione abilitato presso il Ministero; accanto ai requisiti "di ingresso", sono poi richiesti un tirocinio assistito (partecipazione ad almeno 20 sessioni di mediazione) ed una formazione permanente (partecipazione a corsi di aggiornamento di almeno 18 ore per ogni biennio). La capacità professionale del mediatore è poi definita dal complesso di obblighi (legali e deontologici) indicati dalla normativa di settore e dai codici etici adottati dagli organismi sia in dimensione nazionale che internazionale²¹.

¹⁹ Così, ancora, F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 78.

²⁰ Così, A. BUSACCA, *Commento a Corte Cost. 272/2012*, in *I contratti*, 3/2013, p. 248.

²¹ Cfr., A. BUSACCA, *Commento cit.*, p. 248.

Per gli organismi di mediazione, accanto a una serie di elementi che ne dimostrino la capacità logistico-organizzativa (idoneità dei locali, personale dipendente, capacità finanziaria ed adeguata copertura assicurativa), vengono in considerazione la qualificazione del responsabile, l'obbligo di indicare nel regolamento i criteri di assegnazione degli affari di mediazione e la facoltà di indicare le specializzazioni dei propri mediatori attraverso appositi elenchi; l'attività degli organismi è oggetto di valutazione da parte dei destinatari del servizio (attraverso la compilazione di apposite schede di valutazione) e di monitoraggio da parte del Ministero della Giustizia, seppur con una marcata attenzione ai profili quantitativi della stessa²².

Ad una prima analisi appare chiaro come la normativa, seppur privilegiando un profilo di efficienza nella gestione dell'attività, offra, tuttavia, una serie di garanzie in ordine alla formazione dei mediatori ed alla competenza ed affidabilità degli organismi che, anche nell'ottica di una più funzionale e redditizia gestione delle proprie attività, saranno indirizzati ad effettuare le selezioni dei propri mediatori e l'assegnazione dei singoli affari di mediazione; la presenza di mediatori con profili professionali e competenze diversificate, non necessariamente tutti di estrazione giuridica, si rivela, proprio in relazione ai caratteri della procedura, un valore aggiunto piuttosto che un indice di possibile pregiudizio per i destinatari del servizio: sul punto, appare opportuno ricordare che l'art. 1 e l'art. 8 prevedono, infatti, che in casi di particolare complessità, la mediazione possa essere svolta collegialmente da più mediatori²³.

Diverso è invece il profilo del controllo dell'attività da parte degli uffici e degli organi preposti: una più attenta verifica, infatti, potrebbe risultare funzionale a rafforzare la fiducia dei destinatari del servizio e degli operatori del diritto. Proprio la necessità di proporsi validamente ai destinatari del servizio di mediazione volontaria, nell'ottica di una reale funzione alternativa dell'istituto, può essere la direttrice delle politiche di qualità da parte degli organismi, particolarmente da parte di quelli privati, in una declinazione dei requisiti di "serietà" ed "efficienza", come

²² Sul punto, ancora, A. BUSACCA, *Commento* cit. p. 248.

²³ Così, A. BUSACCA, *Commento*, cit., p. 249.

richiesti dal d.lgs. 28/2010, indirizzati ad una affermazione delle soluzioni negoziali delle controversie come fattori di crescita del mercato e di garanzia nei rapporti tra privati²⁴.

Ugualmente assorbite dalla declaratoria di illegittimità per eccesso dalla delega, sono risultate anche le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16 d.lgs. n. 28 del 2010 per contrasto agli artt. 3 e 24, relative alle violazioni del principio di uguaglianza sostanziale e di accesso alla giustizia per la disciplina dei costi e delle modalità di corresponsione delle indennità da parte dei soggetti che richiedono la mediazione, sollevate dal Giudice di pace di Catanzaro con le ordinanze datate 1 settembre 2011 e 3 novembre 2011; in particolare, nella prima di esse, veniva lamentata la violazione dell'art. 3 Cost. per la disparità degli obblighi gravanti sulle parti: difatti, mentre il soggetto proponente sarebbe in ogni caso gravato dall'obbligo di corrispondere le spese di avvio della procedura e le spese di mediazione, le altre parti, in caso di mancata adesione alla procedura, non sarebbero tenute ad alcun versamento; nella seconda, invece, il profilo di illegittimità è indicato nei confronti dell'art. 24 Cost., in relazione al costo "non meramente simbolico" della procedura che «in quanto subordina l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro» sarebbe in contrasto con «quanto affermato dalla sentenza n. 67 del 2 novembre 1960 (...) secondo cui lo Stato non può pretendere somme di denaro per la funzione giurisdizionale civile, se non nel caso di tributi giudiziari o cauzioni» ed ancora «prevedendo che l'esborso di denaro non è destinato allo Stato, ma ad un organismo anche di natura privata, contrasterebbe con il principio fissato nelle sentenze n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001 della Corte Costituzionale, secondo cui l'esborso deve essere razionalmente collegato alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione»²⁵.

Senonché, nel caso delle spese di mediazione, non può certo ravvisarsi la natura di tributo giudizio o cauzione, pur nella considerazione del collegamento funzionale con la risoluzione della controversia, ma piuttosto quella di corrispettivo per l'ero-

²⁴ Così, A. BUSACCA, *Commento*, cit., p. 249.

²⁵ Così, A. BUSACCA, *Commento*, cit., p. 249 s.

gazione di un servizio nell'ambito del contratto per l'amministrazione della procedura. L'obbligo al pagamento delle spese, dunque, si inserisce nell'ambito di un rapporto privato, quale appunto il contratto tra i soggetti che richiedono la procedura e l'organismo deputato allo svolgimento e determina, in capo a quest'ultimo, il sorgere di un diritto di credito al soddisfacimento del quale può essere sottoposto il rilascio del verbale²⁶.

Ancora, può evidenziarsi come la previsione del carattere oneroso della mediazione e l'obbligo di corresponsione delle spese quali elementi condizionanti l'accesso alla giustizia (per le ipotesi di mediazione obbligatoria) in ragione della capacità economica delle parti, apparivano tuttavia smentiti da almeno due dati testuali: in primo luogo, l'art. 17, co. 5 d.lgs. n. 28 del 2010, il quale prevedeva che la procedura si svolgesse senza alcun onere per i soggetti che hanno diritto al patrocinio a spese dello Stato; in presenza di una semplice dichiarazione (sostitutiva dell'atto di notorietà) attestante il possesso dei requisiti richiesti, sia la parte istante che la parte invitata avrebbero potuto partecipare alla procedura ed ottenere il rilascio del relativo verbale senza alcuna contribuzione. Con tale disposizione appariva integrato appieno il carattere di alternatività della mediazione, realizzandosi altresì quanto previsto dall'art. 10 della direttiva 2002/8/CE, nel sollevare le parti che non possono sostenere il peso economico del processo da qualsiasi spesa anche per i procedimenti stragiudiziali, quando il ricorso sia imposto dalla legge o dal giudice. In secondo luogo, da una attenta analisi della normativa in tema di costi della procedura, emerge come essi siano chiaramente predeterminabili dalle parti e parametrati al valore della lite: indici che permettono di ipotizzare, per la quasi totalità dei casi, costi minori rispetto a quelli di un processo civile; né vale la considerazione di un aggravio delle spese, dovuto alla somma tra quelle della mediazione e quelle del processo, dal momento che una tale ipotesi dovrebbe essere valutata solo come eventuale e residuale, nei casi, cioè, di fallimento della mediazione²⁷.

La questione dei costi non ha più ragion d'essere dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5, co. 1, tuttavia

²⁶ Così, A. BUSACCA, *Commento*, cit., p. 250.

²⁷ Così, A. BUSACCA, *Commento*, cit., p. 250.

una corretta informazione sui reali costi della procedura, soprattutto nell'ottica di una valorizzazione della mediazione volontaria, appare fondamentale per garantire una adeguata diffusione ed il coinvolgimento degli operatori²⁸.

3. Le ripercussioni sul sistema della mediazione civile e commerciale. – In conclusione, la sentenza della Corte Costituzionale ha indubbiamente segnato una battuta d'arresto nel processo di diffusione della mediazione in Italia ed ha immediatamente scatenato gli operatori del settore in una frenetica battaglia per la riconquista delle posizioni perdute; dal testo della sentenza, come si è detto, emerge chiaramente come le censure di illegittimità costituzionale insistano sul profilo del vizio formale (l'eccesso dalla delega), senza addentrarsi in valutazioni sull'istituto o sull'articolazione data dal d.lgs. n. 28 del 2010: ne deriva che un nuovo intervento legislativo ben potrebbe proporre una nuova modalità di mediazione obbligatoria nei confronti della quale la normativa comunitaria, interpretata come "neutrale", non potrebbe porsi come fonte, ma di certo neanche come ostacolo²⁹.

La Corte, infatti, ha affermato con assoluta chiarezza che laddove il legislatore nazionale volesse oggi intervenire, con legge ordinaria, sulla disciplina della mediazione prevedendo ipotesi di obbligatorietà, ciò non sarebbe affatto in contrasto con la normativa europea la quale prende in considerazione la mediazione anche nella sua forma obbligatoria, considerandola del tutto legittima, e come una delle possibilità in cui si può articolare la mediazione, la cui scelta, insieme con quella volontaria e con quella invitata dal giudice, rientra nella piena e legittima discrezionalità del legislatore nazionale. Con l'unico limite che la relativa previsione non precluda l'accesso all'autorità giudiziaria.

Ne consegue che, laddove il legislatore italiano reintroducesse la mediazione obbligatoria, ciò sarebbe del tutto in linea con la legislazione europea, né si potrebbe sollevare, con qualche fondamento giuridico, questione di costituzionalità, salvo a volere contro ogni logica e ragionevolezza ritenere che la nostra Car-

²⁸ Così, A. BUSACCA, *Commento*, cit., p. 251.

²⁹ Così, A. BUSACCA, *Commento*, cit., p. 251.

ta Costituzionale sia confliggente ed incompatibile con siffatta normativa europea.

Fra l'altro, laddove venisse reintrodotta con legge la mediazione obbligatoria, a fronte di una eventuale eccezione di incostituzionalità, ben potrebbe essere ricordata, per contrastarne il fondamento, anche l'affermazione contenuta in altra precedente decisione della stessa Corte Costituzionale e che la stessa sentenza in commento ricorda.

Né è secondario ricordare il passaggio della sentenza della Corte Costituzionale nella quale viene riportata l'affermazione (punto 65) della sentenza della Corte di Giustizia europea del 18 marzo 2010, sezione quarta, dove si afferma, con piena logica e veridicità, che *non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi; dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale.*

In definitiva, si ritiene che all'esito della lettura della motivazione della sentenza n. 272/2012 le aspettative di chi pensava e sperava in una bocciatura sostanziale e nel merito, ad opera della Corte Costituzionale, dell'istituto della mediazione ed in particolare di quella obbligatoria, rimangono frustrate e che per contro alla introduzione di una rinnovata forma di obbligatorietà non vi sia alcun ostacolo e che anzi la mediazione, anche quella obbligatoria, esca rafforzata dalla pronuncia in commento.

La Corte, infatti, in una sequenza logica delle questioni da analizzare, ha ritenuto l'eccesso di delega come assorbente, e non si è spinta oltre: sì che, è lecito pensare che essa abbia ritenuto implicitamente non rilevanti le altre eccezioni sollevate: mi riferisco alla compatibilità dell'art. 5, co. 1, citato con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

A favore di questa interpretazione militano, a mio avviso, le seguenti considerazioni.

a) Innanzitutto, se fosse stato l'inverso, e cioè una contrarietà dell'art. 5 citato con gli artt. 3, 24, e 111 della Cost., ogni riferimento alla delega sarebbe risultato ininfluenza, perché sareb-

be venuto meno in radice ogni ragionamento astratto sulla configurabilità o meno in Italia di una mediazione di tipo obbligatorio, in quanto neppure il Parlamento avrebbe potuto conferire la delega al Governo.

- b) In secondo luogo, i riferimenti che la Corte fa anche alla normativa Europea depongono in senso favorevole a tale ricostruzione. Difatti, come si è già sottolineato, in un passo della motivazione si legge che «*la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie*». Quindi, sono gli Stati che decidono se la procedura di mediazione deve essere obbligatoria o meno. Pertanto, la Corte Costituzionale ravvisa, implicitamente, la compatibilità di un modello di mediazione di tipo obbligatorio con la normativa Europea (altrimenti non si parlerebbe di "neutralità" ma di "contrarietà").

Sul punto vengono richiamate tutta una serie di disposizioni: prima fra tutte la direttiva 2008/52/CE ove all'art. 5, co. 2, dispone che: «*La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*».

Dunque, nessuna violazione dei principi costituzionali per un modello di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ma semplicemente un eccesso dalla delega del legislatore delegato, rispetto a quello delegante. Che senso avrebbe avuto parlare di eccesso dalla delega, se la delega non poteva essere nemmeno conferita, perché vertente su una previsione incostituzionale?

Certo dalla Corte ci si sarebbe aspettato qualcosa di più in termini di completezza nell'affrontare le questioni a lei sottoposte; ma ora più che mai appare opportuna una presa di posizione rapida e netta da parte del Governo, ed in particolare del Ministro della Giustizia, affinché dia nuovamente agli operatori del mondo del diritto (al di là dell'appartenenza nella categoria dei favorevoli o contrari alla mediazione) quella certezza che si aspetta-

no: e, in particolare, se l'Italia dovrà abbandonare o meno l'idea della costruzione e dello sviluppo di un sistema di risoluzione delle liti alternativo alla giurisdizione, gestito in maniera seria ed efficiente, ma che non potrà prescindere, per funzionare, da forme più o meno ampie di obbligatorietà, e si spera, questa volta, emergente dal confronto tra i vari operatori del mondo della Giustizia e dal contributo costruttivo di tutti.

A tal riguardo, appare particolarmente significativo un brano della proposta dei "Saggi", nominati dal Presidente Napolitano, sulla giustizia (tra i quali vi sono autorevoli giuristi, da Valerio Onida a Giovanni Pitruzzella).

Nel Cap. V., in tema di giustizia civile, infatti, si propone:

- a) «l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione (*non escluse dalla recente pronuncia della Corte costituzionale* – sent. n. 272 del 2012 – che ha dichiarato illegittima una disposizione di decreto legislativo che disponeva in questo senso, ma solo per carenza di delega); questi sistemi dovrebbero essere accompagnati da effettivi incentivi per le parti e da adeguate garanzie di competenza, di imparzialità e di controllo degli organi della mediazione».

A mio avviso, un intervento del legislatore appare quanto mai opportuno, se non per ripristinare la situazione precedente alla sentenza della Corte, almeno per offrire una più organica strutturazione delle modalità dell'istituto ed una migliore definizione dei rapporti tra risoluzione negoziata e risoluzione giudiziale delle controversie, anche in considerazione della prossima emanazione della direttiva europea sulle ADR per la risoluzione delle liti in materia commerciale, del consumo e familiare.

Sarebbe, in particolare, opportuno non soltanto valutare con attenzione i possibili spazi di operatività di una nuova normativa in tema di mediazione obbligatoria (evitando ogni rigidità e irragionevolezza), ma soprattutto valorizzare il ricorso alla mediazione volontaria. In particolare, il ricorso alla mediazione volontaria potrebbe acquistare nuovi ambiti di operatività proprio in quei settori che già l'art. 5, co. 1, aveva indicato come più adatti alle soluzioni negoziate, quali ad esempio i rapporti di condominio (attraverso l'inserimento delle clausole di mediazione nei rego-

lamenti di condominio) o i contratti bancari e assicurativi (anche in questo caso attraverso l'inserimento delle clausole nei modelli contrattuali), oppure in ambiti che ne erano stati originariamente esclusi (in generale, la materia dei contratti o, ancora, quella della responsabilità professionale, intesa in senso ampio). Del resto, la "cultura della mediazione", spesso evocata ma realmente ancora lontana nella realtà italiana, comporta un cambiamento sociale e culturale, prima ancora che strettamente giuridico, ma richiede altresì adeguati tempi di maturazione; i risultati raggiunti nei primi venti mesi testimoniano come le misure poste dal legislatore in termini di obbligatorietà abbiano svolto un ruolo importante, ma non decisivo, dal momento che persiste ancora un diffuso scetticismo, soprattutto da parte degli operatori del mondo del diritto e della giustizia, per i quali, come si è detto, proprio il carattere dell'obbligatorietà è stato, probabilmente, l'elemento di maggiore criticità. Eppure, oltre le istanze sociali e i cambiamenti determinati dalla circolazione e dall'adesione a nuovi modelli, la cultura della mediazione costituisce un elemento irrinunciabile proprio nell'ottica di uno sviluppo sociale competitivo e volto ad una sempre maggiore integrazione nello spazio (giuridico) europeo attraverso diversi fattori: dalla efficace riduzione del contenzioso tra i privati alla possibilità di fornire alle imprese uno strumento di rapida ed efficiente risoluzione delle controversie, con positive ricadute sia sulla circolazione dei prodotti e dei servizi, che sul tasso di fiducia dei consumatori. Un sistema "integrato" di giustizia, insomma, in cui l'accesso alla giustizia ordinaria sia l'*extrema ratio*, l'ultima opzione, da tentare solo dopo aver fallito nei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2017
dalla I.G.E.S. s.r.l
09045 Quartu S. Elena (CA)
per conto delle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari