

ADR: EL OMBUDSMAN Y SU INCORPORACIÓN A LOS LITIGIOS BANCARIOS EN SUIZA (*)

ANA ISABEL BLANCO GARCÍA

*FPI-MINECO Derecho Procesal
Universitat de València*

RESUMEN

El presente trabajo trata de describir el papel que juegan las ADR en la búsqueda de una solución pacífica de las controversias nacidas en el seno de los contratos, en especial en un sector tan complejo y controvertido como el bancario. Se aborda con detalle la figura del Defensor del Cliente, que actúa como mediador encargado de dirimir las disputas entre las entidades bancarias y sus clientes, en un país que destaca por su proyección y reconocimiento mundial, Suiza.

Palabras clave: Banca en Suiza, contratos bancarios, tutela del consumidor, Defensor del Cliente, Alternativas de Resolución de Conflictos, mediación.

ABSTRACT

This paper seeks to describe the role played by ADR in the search for a peaceful solution of disputes arising out of the contracts, especially in an area as complex and controversial as banking. The text deals in detail with the figure of the Ombudsman, which acts as a mediator responsible for settling disputes between banking institutions and their customers, in a country noteworthy for its projection and worldwide recognition, Switzerland.

Keywords: Banking in Switzerland, banking contracts, consumer protection, Banking Ombudsman, Alternative Dispute Resolution, mediation.

SUMARIO

1. LAS ADR: EL MOTOR DE UNA NUEVA JUSTICIA.
 2. LA FIGURA DEL OMBUDSMAN.
 - 2.1. Ombudsman: el reflejo de una filosofía.
 - 2.2. El Ombudsman y su papel en sectores específicos: el Ombudsman bancario.
 3. EL PAPEL DEL DENOMINADO *SWISS BANKING OMBUDSMAN*.
 - 3.1. El *SwissBanking Ombudsman* como institución.
 - 3.2. Líneas generales del procedimiento.
-

(*) Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER2010-17126: «La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI». Directora: D.^a Silvia Barona Vilar.

1. LAS ADR: EL MOTOR DE UNA NUEVA JUSTICIA

El fenómeno de la globalización, el libre comercio nacional e internacional, el desarrollo de las nuevas tecnologías, y sobre todo, la situación económica actual de crisis, no han hecho sino aumentar la litigiosidad, esto es, incrementar el número de problemas y conflictos entre particulares y empresas, que en muchos casos requieren de soluciones especializadas dada la complejidad del asunto, pero ante todo, rápidas. Este aumento del número de litigios supone complicar aún más el acceso a la justicia. Por ello, y desde hace algunas décadas, se ha hecho necesario buscar otras vías para solucionar estos conflictos, alternativas o complementarias a la vía judicial, tan costosa en tiempo y dinero. Es en esta búsqueda de una solución rápida, efectiva y, en ocasiones, menos traumática, cuando surgió el movimiento de las ADR o *Alternative Dispute Resolution Mechanisms* (en español, alternativas de resolución de conflictos)⁽¹⁾.

En este artículo vamos a trazar las líneas generales de lo que han constituido las ADR y de su aplicación por una figura importantísima en nuestra sociedad como es el Ombudsman. También estudiaremos cómo el papel desempeñado por esta figura ha ido cambiando, adaptándose a las nuevas necesidades y exigencias de dicha sociedad hasta cubrir ámbitos tan específicos y complejos como el bancario.

Así pues, podemos empezar estableciendo qué son estas técnicas de resolución de conflictos y qué ventajas ofrecen con respecto a la justicia tradicional. Las ADR se constituyen como mecanismos que tratan de mejorar ese acceso a la justicia de los ciudadanos, actuando también como instrumentos para lograr la paz social. Es decir, nacen como un cauce para resolver los litigios y alternativo a la acción judicial, respetando los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva reconocidos respectivamente en los artículos 9 y 24 de nuestra Constitución. Además, esta complementariedad contribuye, sin duda, a mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia, no sólo a nivel nacional sino también internacional. Las ADR ofrecen una mayor flexibilidad que los procesos judiciales y pueden ajustarse mejor a las necesidades de los consumidores y de los profesionales. En palabras de CAPPELLETTI, son «mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales»⁽²⁾. Vieron la luz por primera vez en la década de los años 30 en Estados Unidos⁽³⁾, en el marco del llamado *derecho*

(1) Para un estudio general sobre el tema, véanse, BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; WARE, S.J.: *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Thomson/West, Estados Unidos, 2007, y BROWN, H.J., MARRIOTT, A.: *ADR principles and practice*, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2011.

(2) CAPPELLETTI, M.: «Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement», *Modern Law Review*, 1993, p. 282.

(3) Sobre la evolución del movimiento de las ADR en Estados Unidos y de las tres fases en las que se puede distinguir, véase, BARONA VILAR, S.: «Fomento de las ADRS en España. (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)», *Revista Seqüência*, núm. 51, 2005, pp. 176-177. La autora, en las páginas siguientes, analiza la evolución en España de las principales técnicas ADR. En concreto estudia la mediación, la conciliación y el arbitraje, aunque también analiza el desarrollo de mecanismos mixtos como el Med-Arb (Mediación y Arbitraje), participativos de las funciones autocompositiva y heterocompositiva.

de acceso a la justicia⁽⁴⁾. Este movimiento se extendió rápidamente por otros ordenamientos jurídicos, —Australia y Nueva Zelanda—, desarrollándose también en toda Europa⁽⁵⁾, puesto que «las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales suscitaron un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro»⁽⁶⁾.

Así pues, estos medios de resolución de conflictos son la consecuencia de la creación del estado de bienestar y un medio para solucionar los problemas de acceso a la justicia. Problemas que son la expresión de la inoperancia del Poder Judicial. Durante el siglo XX, el continuo incremento de los conflictos jurídicos, unido al auge de la jurisdiccionalización de la sociedad moderna⁽⁷⁾, propiciaron una expansión del ordenamiento jurídico que, a su vez, fortaleció aún más ese Poder Judicial. Fue este mismo fortalecimiento lo que, unido innegablemente a la tendencia cada vez mayor de acudir a él como vía para solventar todos los problemas, conllevó su ineficacia en la resolución de conflictos. De ahí que se buscara nuevas fórmulas, fuera del marco del Poder Judicial, para obtener la tutela de los derechos. Las técnicas ADR se configuran, por tanto, como los medios que tratan de dar respuesta a los problemas que día a día se les plantean a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que no poseen la capacidad ni los mecanismos de coordinación, como tampoco la rapidez adecuada para dar una correcta respuesta al problema.

Esta experiencia nacida en EE.UU. y seguida por el resto de países está en continuo desarrollo y constante evolución. Así, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de noviembre de 2002, en relación con la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Conciliación Comercial Internacional⁽⁸⁾, recogía el gran interés despertado y el amplio apoyo en el uso de estas técnicas o métodos de resolución de controversias, con especial mención a la conciliación y a la mediación.

(4) Este derecho viene reconocido en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de Roma de 4 de noviembre de 1950. Posteriormente fue recogido en el *Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la Justicia*, COM 576 final, de 16-11-1993.

(5) Hay autores que señalan que el proceso de adopción en Europa de este movimiento resultó complejo dado su origen anglosajón, a excepción del Reino Unido, debido a su afinidad cultural y jurídica con Estados Unidos. Al respecto, véanse, CARULLA BENÍTEZ, P.: «La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales», *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, 2001, p. 2 y BARONA VILAR, S.: «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, núm. 1, 2011, pp. 190-191.

(6) Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. COM (2002) 196 final.

(7) «Culturalmente se ha pensado que acudir al Estado demandando justicia es la maximización de la búsqueda de la solución de conflictos. Se postula, en consecuencia, que el cauce más apropiado, más económico, más seguro es el proceso ante los tribunales de justicia». BARONA VILAR, S.: «Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia», en AA.VV.: *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, dir. por BARONA VILAR, S., Aranzadi, Navarra, 2007, p. 26.

(8) Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/57/17 y Corr.1), anexo I.

Resulta especialmente significativo que el «desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios» constituya un objetivo de la cooperación judicial en materia civil contemplado en el apartado 2.g) del artículo 65 del Tratado de Lisboa⁽⁹⁾ (artículo 81 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁽¹⁰⁾), pues esta medida está en estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución⁽¹¹⁾. Asimismo, como desarrollo de estos mecanismos, se elaboró la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁽¹²⁾, cuyo fin último reside en el fomento de la mediación como cauce de solución de litigios civiles y mercantiles en aras de lograr ese mejor acceso a la justicia.

También a nivel europeo, pero para el específico ámbito de los servicios financieros, la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de junio de 2008, sobre el Libro Verde relativo a los servicios financieros al por menor en el mercado único⁽¹³⁾, destacó igualmente la importancia de promover el acceso por los consumidores a los mecanismos de resolución extrajudicial de litigios financieros y no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional.

Toda esta legislación europea no hace sino reflejar la indudable importancia que el fomento del uso de los métodos ADR, especialmente la mediación, tiene no solamente en la solución de las controversias, sino también en la evitación de los costes económicos y en el ahorro de tiempo derivados de los procesos judiciales.

Cuando hablamos de las ADR lo hacemos para referirnos a sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. No obstante, tomar la decisión de acudir a estas instancias alternativas para resolver las disputas no debe llevarnos a pensar que la vía judicial queda excluida, pues ello sería un error. Más bien, acudir a las ADR es una opción que no elimina *per se* la otra posibilidad de resolver el litigio por vía judicial. Esto es debido a que es perfectamente plausible acudir, en primer lugar, a los medios ADR y, en caso de no alcanzar un acuerdo satisfactorio para las partes, proceder a la resolución del conflicto en la vía judicial⁽¹⁴⁾. De ahí que hoy en día el término *Alternative* haya sido

(9) DOUE C306/01, de 17-12-2007.

(10) DOUE C326/47, de 26-10-2012.

(11) AGUILAR GRIEDER, H.: «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo 2010, pp. 325-328.

(12) DOUE, de 24 mayo 2008, núm. L 136/3.

Véanse también, Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, COM (2002) 196 final; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, COM (2004) 718 final; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles» (DOUE, de 17 noviembre 2005, núm. C 286/1).

(13) 2007/2287(INI). DOUE C 285 E/61, de 26.11.2009. Para acceder a su contenido, véase la web: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:285E:0061:0066:ES:PDF>>.

(14) «La proliferación de los asuntos ante los diversos órdenes jurisdiccionales y la exigencia del respeto debido al artículo 24 de la Constitución, en cuanto a derecho a la tutela judicial efectiva, ha abierto

sustituido por *Adequated* como significado del acrónimo ADR⁽¹⁵⁾. El cambio se debe a que actualmente han dejado de ser medios entendidos como alternativos para pasar a ser complementarios, e incluso hasta integrados en los procedimientos judiciales.

Hay que tener en cuenta que «los mecanismos de resolución de conflictos ejercen una valiosa función como facilitadores del comercio»⁽¹⁶⁾. Esto es así porque estos métodos ofrecen mayores ventajas que el proceso judicial, entre las que destacan: la rapidez de resolución, ya que el tercero neutral puede contribuir a alcanzar el resultado esperado antes incluso de que el proceso judicial dé comienzo; la flexibilidad, puesto que este tercero neutral tiene libertad de actuación en función de las circunstancias y peculiaridades del caso, y por último, la economicidad, porque los gastos son bajos en comparación con los que conlleva un proceso judicial. Por otro lado, las ADR presentan aspectos positivos, que los hace más atractivos, como la confidencialidad, especialmente en ámbitos como el bancario donde es importante que los datos y pruebas no se expongan a un público externo, y la posibilidad, especialmente con la mediación, de mantener las relaciones contractuales con los clientes⁽¹⁷⁾.

Una vez establecidas la noción y las principales características de las técnicas ADR, cabe que hagamos hincapié en el hecho de que se pueden clasificar en dos grandes grupos⁽¹⁸⁾. Esta división se realiza con base en la función que desempeña el tercero

un camino [...] hacia la utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional como cauce bien complementario o bien previo a aquélla». BARONA VILAR, S.: *Solución extrajurisdiccional de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, op. cit., p. 36.

(15) AA.VV.: *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, coord. por MACKIE, K., Tottel Publishing Ltd., Reino Unido, 2007, pp. 5, 9-10, y BARONA VILAR, S.: «Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia», op. cit., p. 30.

(16) RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: «Métodos alternativos de resolución de conflictos», encontrado en <www.emarketservices.es>, consultado el día 10 de octubre de 2012. La autora continúa diciendo que «[...] La previsibilidad de los métodos de resolución de controversias, la razonabilidad de los criterios de jurisdicción o sumisión, el coste de la litigación, la ejecutoriedad de las resoluciones o la percepción de independencia del órgano decisor son factores determinantes de la certidumbre y la seguridad jurídica asociadas a las transacciones comerciales».

Este hecho se ha reflejado en el incremento del uso de las ADR en el sector privado, especialmente como medio de resolución de las controversias en el tráfico mercantil. Ejemplos de sectores en los que se han implementado estas técnicas son el sector de la industria, el financiero, propiedad intelectual, etc. BROWN, H.J.; MARRIOTT, A.: *ADR principles and practice*, op. cit., p. ix.

(17) Para una exposición más detallada de las ventajas que presentan las ADR frente a la litigación, en especial en lo que concierne a disputas bancarias, véase, LEIBOWITZ, D.; LESTER, C.: «Banking and finance disputes», en AA.VV.: *ADR and Commercial Disputes*, ed. por CALLER, R., Sweet&Maxwell, Londres, 2002, pp. 14-20 y 24-30. Concretamente, los autores establecen que la mediación es la mejor técnica ADR para resolver las controversias nacidas en el seno de la contratación bancaria, siendo determinante el hecho de que, con esta técnica, es posible que las partes continúen con su relación contractual con posterioridad.

(18) CHORNENKI, G.A.; HART, C.E.: *Bypass Court. A dispute Resolution Handbook*, Lexis-Nexis, Canadá, 2011, pp. 2-4. Las autoras clasifican las ADR en seis categorías: consensual, adjudicativa, informativa, coercitiva, democrática y mecánica. Para ellas la mediación es consensual, puesto que son las partes las que llegan a un acuerdo, mientras que el arbitraje es adjudicativo, puesto que es el tercero, y no las partes, el que da la solución.

que interviene en la gestión o en la solución del conflicto. Así, los dos grupos en que se separan estas vías son⁽¹⁹⁾:

En primer lugar encontramos las vías autocompositivas, entre las que destacan la conciliación y la mediación. En estas técnicas, el tercero actúa *inter partes*, en donde no impone la solución al conflicto, sino que su intervención se limita a ayudar a las partes, intentando consensuar y unir posturas, para que sean ellas mismas las que encuentren una solución práctica y beneficiosa para ambas, esto es, para que autocompongan la solución y den por terminada la controversia. Como ya hemos señalado *supra*, la mediación es un método autocompositivo, siendo el fundamento básico que, si son las partes las que llegan a esa solución, no sólo será beneficioso para la relación contractual preexistente, sino también, y más importante, lo será para que las propias partes acaten lo estipulado en dicho acuerdo.

En segundo lugar debe hacerse referencia a las técnicas heterocompositivas. Aquí el tercero actúa *supra partes*. Esto implica que ya no son las partes las que, por medio del consenso, solucionan su disputa. Aquí es el tercero el que decide cuál es la solución apropiada para el caso concreto. Las partes, por tanto, no toman partido en este proceso de resolución. Las dos técnicas heterocompositivas son, por un lado, el proceso judicial, en donde el tercero es un juez que emite una resolución sobre el caso, que es impuesta a las partes, puesto que posee carácter vinculante y constituye un título con valor ejecutivo. Por otro lado, encontramos el arbitraje, método heterocompositivo y voluntario en donde el tercero ya no es un juez, sino un árbitro (o un tribunal arbitral según el caso), el que impone la solución a las partes por medio del laudo arbitral. El árbitro, o tribunal arbitral según casos, queda investido de la facultad de administrar justicia. El laudo arbitral es, al igual que la resolución judicial, vinculante para ambas partes, puesto que tiene fuerza ejecutiva y también efectos de cosa juzgada.

Por otra parte, sabedores de que los conflictos han existido siempre, y con mayor probabilidad en el marco de las relaciones contractuales de una cierta duración, la regla general que seguían los consumidores para resolver dichos conflictos era acudir a la vía judicial. En este sentido, la Administración de Justicia ha desempeñado una función importante al impartir justicia; función que, sin embargo, no se ha llevado a cabo de forma óptima en muchas ocasiones debido, en parte, a la complejidad de la materia objeto de disputa.

Esta complejidad y diversidad de conflictos que la realidad jurídica presenta permite en la actualidad afirmar que la pluralidad de métodos de tutela jurisdiccionales y extrajurisdiccionales es una realidad insoslayable que ha incorporado una mayor diversidad y probablemente adaptación de la tutela requerida por el ciudadano en atención a

(19) Al respecto, véanse, BARONA VILAR, S.: «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *op. cit.*, pp. 186-187; RUGGERI, L.: «ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 10, 2010, pp. 32-35, <<http://www.uclm.es/profesorado/mcgonzalez/pdf/DerechoCivilIII/PresentacionMREC.pdf>>, consultado el día 17 de octubre de 2012 y MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.: «Introducción al Derecho Procesal», 2003, encontrado en: <<http://marisolcollazos.es/procesal-penal/Introduccion-derecho-procesal.pdf>>, consultado el día 17 de octubre de 2012, pp. 11-13.

la variedad y heterogeneidad litigiosa. De este modo, a la conveniencia de los tribunales de justicia que han venido manteniendo durante siglos un cuasi-monopolio de la justicia, se disponen poco a poco pero de forma imparable y expansiva las ADR. Su objetivo básico no es negar el conflicto, sino guiarlo y encauzarlo hacia resultados beneficiosos para las partes. Dada la coyuntura social de hoy y el hecho de que, cada día más, surgen conflictos, estos sistemas de resolución de controversias alternativos, pero a la vez complementarios de la jurisdicción, suponen un avance en la mejora de la convivencia y de la paz social. No solamente permiten una aminoración de la excesiva judicialización de la sociedad, sino también la promoción y el impulso necesario para que las partes, con base en su voluntad, sean capaces de resolver los problemas de un modo pacífico y menos traumático, especialmente cuando se trate de mecanismos autocompositivos y con mayor énfasis cuando nos referimos a la mediación. Así, mediante la técnica de la mediación, las partes de un conflicto pueden adaptarse a la medida de las necesidades de cada una de ellas, ya que, ayudados y guiados por un tercero imparcial, tienen mayores posibilidades de encontrar una solución eficaz y beneficiosa (al menos no perjudicial) para ambas, especialmente si se trata de contratos de tracto sucesivo o si va a haber continuidad de la relación entre las partes, como sucede en el sistema bancario. Y en este sector debe destacarse no sólo el posible empleo de las ADR en general, sino también una figura que poco a poco, de forma paulatina pero absolutamente penetrante, ha ido gestándose en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos: el Ombudsman bancario.

2. LA FIGURA DEL OMBUDSMAN

2.1. Ombudsman: el reflejo de una filosofía

Cabe considerar que «el mensaje que se ha transmitido de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico»⁽²⁰⁾. Sin embargo, a nuestro juicio, esta mentalidad litigiosa ha dado paso a una filosofía diferente, que tiene como fin último la resolución de cualquier conflicto sin que exista esa necesidad de acudir a un juez para encontrar una solución que sea no sólo jurídicamente aceptable, sino también beneficiosa para ambas partes.

En eso consiste, precisamente, la tarea de una figura jurídica que hoy desempeña un papel absolutamente imprescindible en la implantación e interiorización en nuestra sociedad de los valores y principios de esa filosofía de no litigio. Hablamos de la figura del *Ombudsman*, conocido en español como Defensor del Pueblo⁽²¹⁾. La expresión

(20) ORTUÑO MUÑOZ, J.P.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Documentos de trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, núm. 110, 2007, p. 16.

(21) Sin embargo, existen diferencias entre el Ombudsman y el Defensor del Pueblo en España, ya que mientras el Ombudsman fue creado con la finalidad de supervisar la Administración pública, el Defensor del Pueblo utiliza esta supervisión como instrumento para defender los derechos y libertades fundamentales, tal y como se desprende del artículo 54 de la Constitución Española.

completa, en su idioma original, es *Justitieombudsman*⁽²²⁾, en español, «Comisionado de Justicia».

Podría pensarse, por las referencias más presentes a esta figura, que se trata de un concepto nuevo, de reciente creación, si bien lejos está esta afirmación de la realidad. Su origen se remonta al siglo XIX, hace más de 200 años. Concretamente, el Ombudsman fue establecido por primera vez en la Constitución sueca, en el año 1809, con el objetivo de dar respuesta inmediata a los ciudadanos ante abusos de difícil solución por vía burocrática o judicial⁽²³⁾. Fue creado con el propósito de garantizar los derechos de los individuos contra los abusos realizados por parte de las instituciones gubernamentales o por funcionarios públicos, constituyéndose así como el defensor del ciudadano, desde la supervisión de la Administración.

Sin embargo, su buen funcionamiento y los beneficiosos resultados para las partes del conflicto, supusieron su posterior adopción por otros países europeos, así como por los no europeos⁽²⁴⁾. El primero de ellos en copiar esa figura, con carácter estatal, fue Finlandia, en 1920, bajo el nombre de *Eduskunnan Oikesusamies*. Después le siguieron, entre otros muchos, Dinamarca en 1954, (carácter estatal), la República Federal Alemana en 1959, bajo la denominación de *Wehrbeauftragter des Bundestages*, pero esta vez con un marcado carácter sectorial al adscribirse al ámbito militar, Noruega en 1952, (carácter estatal y sectorial), Nueva Zelanda en 1962 y Estados Unidos⁽²⁵⁾

(22) Respecto al origen etimológico de la palabra, Ombudsman significa «representante» (*umbodhsmadhr*) o «comisionado confiable» o «agente que cuida los intereses de un grupo o de un negocio» o «alguien que habla en nombre de otros».

Para más información sobre el origen etimológico de la palabra y su significado, véanse, <<http://defensorpueblo.blogspot.ch/2007/08/la-significacin-etimologica-del.html>>, consultada el día 12 de octubre de 2012, MARIMÓN DURÁ, R.: «La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España», en AA.VV.: *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, dir. por CUÑAT EDO, V., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 216-217; VON JIPPEL, T.: *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2000, p. 2 y SAN MARTÍN, J.: «Dos años de experiencia del primer ombudsman del País Vasco», *Cuadernos de Sección Derecho*, núm. 7, País Vasco, 1991, pp. 27-28.

(23) KUCSKO-STADLMAYER, G.: *European Ombudsman-institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Viena, 2008, p. 1. Véanse también, MARSHALL, M.; REIF, L.: «The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution», *Alberto Law Review*, 1995, núm. 34, pp. 215-220 y VANEGAS ÁLVAREZ, S.: *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, núm. 117, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

(24) Para una completa información sobre la adopción de esta figura por el resto de países, no sólo europeos, véanse, MORA, A.; IMBERNÓN GARCÍA, M.J.: *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, pp. 29-42; GOZAINI, O.A.: *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 251-266 y el informe de la Comisión Estatal de Derecho Humanos de Tlaxcala de 2010, encontrado en: <www.cedhtlax.org.mx/ombudsman/EL_OMBUDSMAN.pdf>, consultada el día 13 de octubre de 2012.

Véanse también, <<http://defensoria.uaa.mx/informes/pdfs/Comunicado%201.pdf>>, consultada el día 14 de octubre de 2012 y <<http://usic13.ugto.mx/prunida/Archivos/ELOMBUDSMAN.pps>>, consultada el día 15 de octubre de 2012.

(25) En el caso de Estados Unidos, puesto que es un Estado Federal, se creó un Ombudsman por cada uno de los Estados, así como uno para el gobierno federal, en total hay 39.

en 1966. España incorporó esta figura en el año 1978, con carácter estatal y autonómico, y Suiza hizo lo propio en 1971, estableciendo un Ombudsman regional.

Por tanto, podemos observar que en la actualidad casi todos los países cuentan con una figura similar que, en algunos casos y siempre con los matices correspondientes, está dedicada a un sector o región concretos. En Suecia, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países que han adoptado esta figura en sus ordenamientos jurídicos, el Ombudsman posee facultades ejecutivas, que le permiten realizar esa tarea de supervisión de las actuaciones de las autoridades estatales y municipales y también proponer modificaciones sobre su organización y regulación.

Aunque en un principio este término fue acuñado para el sector público, hoy en día se utiliza indistintamente para hacer referencia tanto a los órganos de carácter jurídico-público como a las oficinas de reclamaciones de las empresas, de carácter privado⁽²⁶⁾. Esto implica que el concepto de Ombudsman no sólo se ha extendido geográficamente, sino también que su interpretación por parte de los operadores jurídicos se ha visto ampliada materialmente, abarcando el control ya no solamente de la Administración Pública, sino también de las empresas del sector privado, como una figura independiente cuyo fin estriba en proteger a los ciudadanos contra los posibles abusos que puedan ocasionarles algunas instituciones tales como bancos, compañías aseguradoras, compañías telefónicas, etc. Se afianza, por ello, en un modelo político social que mantiene una función proteccionista y tuitiva del ciudadano.

Para realizar esta labor, esencial para la buena convivencia social y la búsqueda de una justicia más eficaz, cabe que nos preguntemos lo siguiente: ¿Qué rasgos caracterizan esta figura? y ¿cualquiera puede ocupar el cargo?

Se ha ido experimentando en las sociedades modernas un cambio de visión de esta figura, de manera que, frente a un cierto desinterés por ella asentado en la consideración de que el Ombudsman se centraba en cuestiones de poca entidad, se ha transformado la opinión pública, muy probablemente por la evolución del papel asumido por esta figura su capacidad expansiva respecto de conflictos a los que llega y ofrece posibles respuestas.

Es probable que ese creciente interés por una figura como el Ombudsman se halle en su exigencia de neutralidad, de carencia de cualquier interés que no sea el de impartir justicia, trabajando hacia una solución más beneficiosa para las dos partes del conflicto. En esta neutralidad es donde radica gran parte de la dificultad del papel desempeñado, aparte, obviamente, de la complejidad del tema que deba solventar. Así

(26) BROWN, H.J.; MARRIOTT, A.: *ADR principles and practice*, op. cit., p. 459.

Véase también la web oficial de las Naciones Unidas: <<http://www.un.org/es/ombudsman/faqs.shtml>>, consultada el día 12 de octubre de 2012. En ella se hace hincapié en el hecho de que este término se utilizó en un principio para designar al funcionario público encargado de examinar las quejas de los ciudadanos contra las organizaciones del sector público. Los *Ombudsmen* que sirven al público en general y llevan a cabo investigaciones oficiales son los que actualmente se conocen como *Ombudsmen* clásicos, mientras que los *Ombudsmen* de las organizaciones prestan servicios informales de solución de conflictos relacionados con cuestiones laborales. Concretamente en las Naciones Unidas, la función del Ombudsman equivale a la que desempeña el Ombudsman de una organización.

pues, el Ombudsman es una persona independiente, autónoma con respecto al órgano que lo designa y cuyo objetivo primordial consiste en el estudio y análisis de las denuncias o reclamaciones presentadas ante él por los ciudadanos para tratar de darles una solución. Esta posible solución puede producirse en forma de recomendación, normalmente no vinculante, aunque también cabe destacar la importancia de la utilización de las técnicas de las ADR, en especial de la mediación para alcanzar una solución adecuada y más adaptada a las exigencias e intereses propios de las partes⁽²⁷⁾.

Por otro lado, para poder ser Ombudsman hay que cumplir una serie de requisitos que son inherentes al cargo y al rol desempeñado. Estas características que debe reunir la persona que ocupe este puesto son: en primer lugar, integridad, honorabilidad e imparcialidad como elementos subjetivos esenciales; en segundo lugar, prestigio profesional derivado de su carrera y desarrollo de la misma y, en tercer lugar, exclusividad, lo que obliga a no ocupar otro puesto de trabajo ni, por supuesto, cargo político alguno⁽²⁸⁾. Es por ello que solamente tendrán acceso al nombramiento de Ombudsman aquellas personas que puedan demostrar reconocido prestigio, resultado de una trayectoria profesional sólida e intachable, así como una gran capacidad y conocimiento probado en el sector, sin que en absoluto se deba exigir la condición de jurista.

Actualmente, la percepción social que prima sobre esta figura del Ombudsman es positiva, puesto que evoca seguridad, protección y libertad, y está enraizada en las ideas de protección de los derechos de las personas y de democracia⁽²⁹⁾.

2.2. El Ombudsman y su papel en sectores específicos: el Ombudsman bancario

Aun cuando el Ombudsman surge con una vocación concreta y diríamos que general de tutela, su buen hacer a lo largo de estos siglos ha ido gestando la incorporación de figuras semejantes en determinados sectores del ordenamiento jurídico y en relación con determinados conflictos jurídicos.

Muy probablemente este dinamismo del Ombudsman va claramente interrelacionado con la exigencia de determinados ámbitos jurídicos de sectores específicos, más allá de los tribunales, de una suerte de vías privilegiadas de solución de conflictos. Ciertamente, algunos ámbitos se caracterizan por su complejidad técnica, como sucede con el sector de las telecomunicaciones, la energía, o el específico ámbito bancario, lo

(27) Al respecto, BUCK, T.; KIRKHAM, R.; THOMPSON, B.: *The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice*, Ashgate Publishing, Canadá, 2011, pp. 223-226.

(28) GAO (US GENERAL ACCOUNTING OFFICE): «The role of the Ombudsman in Dispute Resolution», *GAO-01-466*, EE.UU., 2001, pp. 10-11.

(29) KUCSKO-STADLMAYER, G.: «The Spread of the Ombudsman Idea in Europe», *IOI Publications world conference Stockholm 2009*, encontrado en: <<http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>>, consultado el día 10 de octubre de 2012. El autor señala, literalmente: «All over the world, the very word “ombudsman” evokes feelings of security, protection and freedom. Today, the constitutional ombudsman concept is —like the independent judiciary— intrinsically tied to the ideas of democracy, rule of law and human rights».

que va llevando a que, ante un problema, y de conformidad con la filosofía de no litigar, se prefiera acudir a un experto, un profesional de la materia concreta, sea o no jurista, para alcanzar una solución más adaptada a las necesidades y exigencias derivadas de la propia controversia. Ante esta realidad, probablemente desbordante del propio modelo jurisdiccional, la función del Ombudsman ha ido evolucionando, perfeccionándose y adaptándose a otros sectores⁽³⁰⁾, destacándose al respecto su incorporación a ámbitos como pensiones, seguros, telecomunicaciones, hospitalario, financiero, etc., siendo a este último al que vamos a dedicar las páginas que siguen.

Como acertadamente indica la doctrina, «entre los ADR se menciona [...] la implantación de mecanismos de sujeción a la opinión de expertos independientes, que en litigios de trasfondo técnico es la forma más lógica y racional de resolver las controversias»⁽³¹⁾. Así pues, los clientes de las instituciones bancarias, ante una controversia nacida en el marco de la contratación bancaria y en el desarrollo de la actividad comercial propia de este sector, prefieren acudir, antes que a un juez, a un tercero imparcial, pero a la vez experto en esta compleja materia, para obtener una solución más adecuada⁽³²⁾.

Por tanto, los consumidores de productos y servicios bancarios acuden, cada vez más, a las técnicas ADR para resolver las disputas que mantienen con las instituciones bancarias. Y este hecho no sólo se debe a que las ADR son un medio más rápido, ágil y económico que la vía judicial, sino también a que brindan a los consumidores la oportunidad de acceder a esa justicia tan deseada respecto de asuntos que, por su escasa importancia, no llevarían ante los tribunales.

Destacamos que fue en Suiza donde apareció por vez primera un Ombudsman específico para un sector concreto y más complejo⁽³³⁾. Fue el conocido como *Versicherungsombudsmann*, establecido en el año 1972 como una organización privada e independiente en el sector de los seguros⁽³⁴⁾. En otros ámbitos, como el sector banca-

(30) Para conocer gran parte de los tipos de Ombudsman que hay en Suiza, véase la lista (con toda la información y links) de ellos contenida en la web oficial: <<http://www.vd.ch/autorites/mediation-administrative/liens-utiles/mediations-et-ombudsmans/>>, consultada el día 15 de octubre de 2012.

(31) ORTUÑO MUÑOZ, J.P.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *op. cit.*, p. 31. Los autores continúan diciendo: «[...] se trata [...] de la emisión de una opinión científica encargada por las dos partes que, además, no es vinculante, por lo que tiene la ventaja de que si una de las partes considera que el experto ha emitido el dictamen con base en algún error, no está obligada a someterse a él ni a aceptar la solución ofrecida, sino que puede acudir a la vía judicial para exponer sus razones, ante la que ya se par tirá de un trabajo previamente hecho».

(32) En este sentido, véanse, BLANCO CARRASCO, M.: «La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLII, San Lorenzo del Escorial (Madrid), 2009, p. 131, PETRAUSKAS, F.; GASIŪNAITĖ, A.: «Alternative Dispute Resolution in the field of consumer financial services», *Jurisprudencia*, vol. 19 (1), 2012, pp. 179-194.

(33) Si bien con anterioridad el ordenamiento jurídico sueco había creado otros Ombudsman, con idénticas funciones a los Comisionados, pero con finalidades específicas. El primero de éstos fue el «ombudsman de la libertad de empresa», creado en el año 1954.

(34) Sobre el Ombudsman en el sector de seguros en Suiza y un análisis comparativo con otros países, no sólo europeos, sino también de América Latina, véase, JARAMILLO JARAMILLO, C.I.: *Solu-*

rio, el primer país en establecer un Ombudsman fue Reino Unido, en 1986, a iniciativa de 17 bancos británicos⁽³⁵⁾. En España, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, cuyas funciones se corresponden con las del Ombudsman bancario de los otros países europeos, se creó en el año 1987 por medio de una Orden Ministerial⁽³⁶⁾. En Suiza, por su parte, el *SwissBanking Ombudsman* fue creado en abril de 1993.

En este artículo nos vamos a centrar en esta figura del Ombudsman bancario, concretamente en su función en el marco del funcionamiento de la banca suiza y en su papel como mediador entre las instituciones financieras y sus clientes.

3. EL PAPEL DEL DENOMINADO *SWISS BANKING OMBUDSMAN*

En el ámbito bancario existe un país —Suiza— que ha venido destacando en los últimos tiempos por su enorme proyección y reconocimiento mundial. Ofrece innumerables aspectos que han acogido pioneras instituciones, no sólo por ser los primeros sino también por su experiencia práctica. Precisamente, la institución del *Swiss Banking Ombudsman* obedece a estas características y ofrece innumerables aportaciones de interés en relación con el papel que desempeña en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito bancario.

Sin embargo, para poder hablar del *Swiss Banking Ombudsman* u Ombudsman bancario suizo (en adelante, *Banking Ombudsman*), creemos que es importante señalar, sucintamente, qué se entiende por «banco» en el ordenamiento jurídico suizo y qué categorías de bancos existen.

Así, el término «banco» engloba todos los intermediarios financieros que se rigen por la Ley bancaria suiza. Además, siguiendo el artículo 2.a) de dicha Ley, la definición de los bancos que están sujetos a inscripción incluye todas las instituciones públicas que solicitan dinero de terceros a los efectos de su custodia⁽³⁷⁾. En esta defi-

ción alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional núm. 1, Bogotá, 1998, pp. 135-136.

Véanse también, <<http://www.versicherungsombudsmann.de/home.html>>, consultada el día 12 de octubre de 2012. Sobre el Ombudsman general suizo, véase la información sobre el «Bureau cantonal de médiation administrative» para la región del Cantón de Vaud en: <<http://www.vd.ch/index.php?id=36220>>, para la región de Zurich en: <<http://www.ombudsmann.zh.ch/>>, para la ciudad de Basel en: <<http://www.ombudsstelle.bs.ch/>>, y para el Cantón Zug en: <<http://www.ombudsstelle-zug.ch/>>, consultadas todas el día 12 de octubre de 2012.

(35) Véase la web oficial del *Banking Ombudsman* en Reino Unido, <<http://www.financial-ombudsman.org.uk/>>, consultada el día 10 de octubre de 2012. Véase también, LEIBOWITZ, D.; LESTER, C.: «Banking and finance disputes», en AA.VV.: *ADR and Commercial Disputes, op. cit.*, pp. 32-35.

(36) Esta Orden Ministerial fue sustituida posteriormente por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que regula este aspecto en el artículo 48.2.

(37) KPMG: «Swiss Federal Ordinance on Banks and Saving Banks», encontrado en: <http://www.kpmg.com/CH/de/Library/Legislative-Texts/Documents/pub_20090101-BankO.pdf>, consultado el día 18 de octubre de 2012.

La definición original reza así: «[...] includes all institutions that publicly solicit third-party money for the purposes of safekeeping».

nición también están incluidos los intermediarios financieros no bancarios, llamados *non-bank financial intermediaries*.

Suiza tiene un sistema bancario basado en la banca universal, es decir, no existe distinción alguna entre los bancos comerciales y las empresas de valores. Por tanto, los bancos pueden ofrecer cualquier clase de producto o servicio, pudiendo actuar como compañías de inversión, corredores de Bolsa, etc. El organismo regulador de todo el sistema bancario es un órgano administrativo, la Comisión Federal Bancaria (*Federal Banking Commission*), que se encarga de supervisar a los bancos, a las Bolsas de Valores, etc.⁽³⁸⁾.

En la organización bancaria suiza también ha tenido que ver la propia organización política del país. Así, Suiza es una República federal compuesta por 26 cantones⁽³⁹⁾, cada uno de los cuales tiene potestad para elaborar leyes. Precisamente, una de las categorías que se contemplan en el sector bancario suizo es la Banca Cantonal con base estatutaria en dichas leyes cantonales. Todo ello combinado con bancos estructurados como cooperativas, bajo la denominación de *Raiffeisen Banks*, y bancos privados que se estructuran como empresas individuales o sociedades limitadas y cuyos dueños tienen responsabilidad ilimitada en relación con su patrimonio personal. Igualmente conviven con los bancos extranjeros, a los que se les exige hallarse registrados en la Asociación de Bancos Extranjeros en Suiza (*Association of Foreign Banks in Switzerland*)⁽⁴⁰⁾.

Los valores que se han querido asentar en el sistema bancario y financiero suizo han sido «la estabilidad, la universalidad, la excelencia y el sentido de la responsabilidad»⁽⁴¹⁾. Ello no es óbice a que surjan discrepancias, disentimientos, problemas o controversias en el marco de la actividad comercial que pueden desencadenar relaciones jurídicas tormentosas que no benefician en absoluto a la Banca suiza en general. Así, como pieza indiscutible de calidad de la Banca suiza y para la tutela de todos sus clientes se crea el *Banking Ombudsman* para resolver los conflictos que pudieran surgir desde el sector bancario con ellos. Por tanto, el *SwissBanking Ombudsman* se consti-

Véase también SWISS BANKERS ASSOCIATION: «Compendium 2010: The Swiss Banking Sector», encontrado en: <http://shop.sba.ch/11116_e.pdf>, consultado el día 18 de octubre de 2010, p. 35.

(38) WOOD, P.R.: *Regulation of International Finance*, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2007, p. 256. En las siguientes páginas el autor explica, esquemáticamente, todos los productos que ofrecen los bancos y su regulación en las leyes suizas.

(39) <http://www.swissworld.org/es/politica/informacion_general/los_cantones/>, consultada el día 15 de octubre de 2012.

(40) Al respecto de las categorías en que se dividen los bancos, véanse, ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS: «Compendium 2010: The Swiss Banking Sector», *op. cit.*, pp. 36-39 y <<http://www.swissbanking.org/fr/home/finanzplatz-link/bankengruppen.htm>>, consultado el día 17 de octubre de 2012.

(41) ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS: «Rapport Annuel 2011/2012», encontrado en: <<http://www.swissbanking.org/en/home/publikationen-link/shop.htm>>, consultado el día 18 de octubre de 2012, p. 34. El texto reza literalmente: «Les valeurs qui distinguent la Suisse et sa place financière depuis cent ans et plus dans la concurrence internationale sont notamment la stabilité, l'universalité, l'excellence et le sens des responsabilités».

tuye como un mediador independiente⁽⁴²⁾, por cuanto en esencia aplica la técnica de la mediación para trabajar con las partes tratando de gestionar el conflicto y en su caso solucionarlo mediante acuerdo entre ellas.

3.1. El *SwissBanking Ombudsman* como institución

Como se ha indicado *supra*, esta institución fue instaurada hace ya casi 20 años, estando dirigida, en primer lugar por Alois Dobler y, desde agosto de 1995, por Hanspeter Häni. Pero Häni no está solo en esta ardua tarea, sino que está respaldado por un equipo multilingüe en el que se incluyen abogados, economistas y expertos en banca, lo que hace que sea percibida por la clientela como una institución con autoridad y credibilidad. Todos los servicios prestados son gratuitos para los clientes. Y su misión consiste en recibir las quejas que los usuarios de la banca pudieran plantear y, sobre todo, mediar entre las dos partes en conflicto en busca de soluciones por la vía extrajudicial.

El *Banking Ombudsman* está financiado por la *Fondation Ombudsman des banques suisses* (Fundación del Ombudsman bancario)⁽⁴³⁾, establecida por la *Association Suisse des banquiers* (Asociación de banqueros suizos)⁽⁴⁴⁾, lo que atribuye un apoyo institucional esencial para el reconocimiento y el buen nombre de la institución del Ombudsman, amén de velar por el cumplimiento y misión del papel que desempeña a ésta.

Por tanto, vemos que detrás de la figura del *Banking Ombudsman* hay dos instituciones que le dan apoyo, la Asociación de banqueros suizos y la Fundación del Ombudsman bancario. Consideramos importante conocer cuál es el papel que desempeñan y su relación con el *Banking Ombudsman* en la resolución de los conflictos.

En primer lugar, la Asociación de banqueros suizos fue creada, como una asociación de comercio, en Basilea el 16 de noviembre de 1912 bajo la denominación *Association des Représentants de la Banque en Suisse*. Pero fue renombrada en 1919. Esta Asociación es la organización marco del centro financiero de Suiza⁽⁴⁵⁾. Pertenecen a ella casi 350 bancos miembros y unos 18.000 miembros individuales⁽⁴⁶⁾. Esta institu-

(42) <<http://www.bankingombudsman.ch/en>>, consultado por última vez el día 18 de octubre de 2012. El Ombudsman en Suiza fue establecido por primera vez en 1971. Pero su utilidad conllevó que se aprobara un Proyecto de Ley en 1977, por el que se instauró el Ombudsman en Suiza, concretamente en el Cantón de Zurich. Es en esta ciudad donde hoy se encuentra localizado el Banking Ombudsman.

(43) Véase la web oficial de la «*SwissBanking Ombudsman Foundation*»: <<http://www.bankingombudsman.ch/en/foundation>>, consultada el día 18 de octubre de 2012>.

(44) Véase la web oficial de la Asociación: <<http://www.swissbanking.org/fr/>>.

(45) La propia Asociación define su objetivo de la siguiente manera: «L'ASB a pour objectif essentiel de garantir et de promouvoir des conditions-cadre optimales pour la place financière suisse, en Suisse comme à l'étranger».

(46) ASSOCIATION SUISEE DES BANQUIERS: «Rapport Annuel 2011/2012», *op. cit.*, p. 32. En este informe también se hace referencia a la cifra que había en su momento de constitución en el año 1912. Se indica que la Asociación estaba constituida por 319 miembros y representantes de 159 establecimientos financieros. Esto denota el gran auge de la banca en Suiza.

ción ha sido y es fundamental para el *Banking Ombudsman*. Decimos que lo ha sido porque fue la que estableció la Fundación que posteriormente eligió e instaló la oficina de un Ombudsman para una rama tan compleja como la bancaria. Por otro lado, afirmamos que lo es, porque solamente los clientes de aquellos bancos que pertenezcan a esta Asociación podrán acceder al *Banking Ombudsman* en caso de que tengan algún problema, cuestión, evidentemente, nada baladí.

En segundo lugar, la Fundación del Ombudsman bancario es la fundación a la que hemos hecho referencia *supra*. Cumple una tarea importante con respecto al *Banking Ombudsman*, puesto que la misión de elegir al Ombudsman le ha sido conferida a su Consejo, compuesto por personalidades ilustres como Cancilleres, Consejeros, directivos de Bancos, etc.⁽⁴⁷⁾.

3.2. Líneas generales del procedimiento

En Suiza, el *Banking Ombudsman* se ha constituido como un mediador independiente, que, además, debe cumplir los requisitos de neutralidad e imparcialidad. Pero también debe cumplir con una obligación adicional: la obligación de proporcionar discreción, lo que implica en la práctica que no podrá contactar con el banco sin el permiso del cliente que ha reclamado, que, traducido a términos de ADR, quedaría avalado con la exigencia del principio de confidencialidad.

Por tanto, no actuará ni como juez ni como árbitro, sino que, como tercero imparcial, objetiva y subjetivamente, su función es liderar el proceso de negociación, ayudando a las partes a trabajar sus diferencias de un modo satisfactorio. Para ello hace uso de sus aptitudes y su conocimiento para comprender mejor la esencia del problema y poder ayudar y guiar a las partes a encauzar correctamente la controversia. Sin embargo, son las partes las que deciden cómo resolverla, siendo que el mediador no puede forzar la situación, puesto que debemos recordar que el mediador actúa *inter partes* y no *supra partes*. Aquí lo importante deja de ser quién gane o quién pierda, puesto que las dos partes ganan algo, al encontrar una solución basada en el consenso, aun entendiendo que no todas las pretensiones serán satisfechas.

El *Banking Ombudsman* tiene competencia para conocer de cualquier disputa o reclamación relativa a la pérdida ocasionada a un cliente de un banco perteneciente a la Asociación de banqueros suizos. Sin embargo, no tiene capacidad alguna sobre las cuestiones relativas a la política comercial o de precios, y tampoco tiene facultades para poder influir sobre ellas. Es importante, por ello, identificar en los terceros expertos los lindes competenciales que se les atribuyen.

Con respecto a quiénes están legitimados para acceder a esta institución, ya hemos señalado que solamente podían hacerlo los clientes de los bancos miembros de la

(47) SCHOCH, O.: «ADR in banking: The Swiss Ombudsman Foundation», en AA.VV.: *Arbitration in Banking and Financial Matters*, ed. por KAUFMANN-KOHLER, G.; FROSSARD, V., ASA, Basilea, 2003, pp. 77-79. Para ver lista con los miembros del Consejo, véase, <<http://www.bankingombudsman.ch/fr/fondation>>, consultada el día 18 de octubre de 2012.

Asociación de banqueros suizos. Sin embargo, creemos conveniente indicar que existe una restricción al respecto, puesto que no puede ayudar con los problemas que afectan a las sucursales o filiales de bancos suizos en el extranjero⁽⁴⁸⁾, si bien dichos clientes podrán adherirse a los sistemas extrajudiciales disponibles en los países donde se encuentren esas oficinas, que, en algunos casos, funcionarán de manera distinta al Ombudsman suizo.

Por tanto, el cliente solamente podrá consultar al *Banking Ombudsman* si el banco con el que mantiene el conflicto está localizado en Suiza, si ha sufrido un perjuicio o pérdida económica y si ningún otro organismo está involucrado en el caso, puesto que si alguna autoridad pública participa activamente (oficina judicial, administrativo o fiscalía), no puede conocer del caso. Además, los clientes pueden ser personas individuales o instituciones y también extranjeros o suizos, lo que implica que no hay limitación alguna en este aspecto.

Pero para que estos clientes puedan presentar una reclamación ante el *Banking Ombudsman*⁽⁴⁹⁾ es necesario que hayan obtenido, previamente, una resolución de su propio banco sobre la cuestión objeto de disputa. Así, si no está conforme con la solución que le ha dado el banco, puede acudir a esta instancia. Y lo puede hacer por vía telefónica o por escrito⁽⁵⁰⁾.

Muchas preguntas pueden ser resueltas directamente, ya sea mediante la aclaración de la situación o explicando un procedimiento más complejo paso a paso. Sin embargo, cuando no son resueltas de esta forma, el *Banking Ombudsman* deberá analizar la información contenida en la reclamación y, en su caso, solicitará al cliente la aportación de otros datos para obtener una visión más completa.

Así, una vez haya obtenido toda esta información y detalles del cliente, preguntará al banco acerca del asunto concreto con la finalidad de que éste le proporcione su versión de los hechos. En este caso también podrá, cuando lo estime oportuno, requerir al banco para que le proporcione más información o alguna clase de documentación, necesaria para poder trabajar con las partes en la consecución de un acuerdo.

Finalmente, cuando disponga de toda la información, de ambas partes, lógicamente el *Banking Ombudsman* puede formarse una opinión libre al respecto, promover mejor la discusión entre las partes y proponer una solución, sin que ésta pueda en absoluto ser impuesta a las partes.

Todo el proceso llevado a cabo en esta instancia suele durar entre uno y dos meses, en función de la complejidad del caso. Es aquí donde percibimos la gran ventaja

(48) <<http://www.bankingombudsman.ch/en/enquiries/restrictions>>, consultado el día 17 de octubre de 2012.

(49) Sobre el procedimiento a seguir para presentar una reclamación véase la información en la web de la Comunidad por la resolución de disputas: <http://baseswiki.org/en/Banking_Ombudsman_Switzerland>, consultado el día 13 de octubre de 2012.

(50) Sobre el formato y contenido de la reclamación, véase, <<http://www.bankingombudsman.ch/en/enquiries/checklist>>, consultado el día 18 de octubre de 2012.

de estos medios de resolución de controversias, especialmente si se compara con los costes, tiempo y esfuerzo que estas diferencias traerían en caso de acudir a la vía jurisdiccional. Además, todo y que se tramita a través de un procedimiento bastante simple, nada complejo, se favorece que muchos clientes bancarios hagan uso de estas instituciones antes de acudir a la vía jurisdiccional. Si bien, en caso de disconformidad con la resolución o de no alcanzar un acuerdo, siempre tendrán disponibles los cauces judiciales, puesto que estas técnicas son alternativas a la vía judicial, no sustitutivas, tal y como se fue explicando en el inicio de nuestro trabajo.

Esta posibilidad de acudir a la vía judicial cuando las partes no están de acuerdo con la solución es consustancial a la naturaleza de la mediación que se desarrolla por el *Banking Ombudsman* en cuanto solamente la voluntad de aceptar la propuesta por las partes entraña acudir a los tribunales. No en vano las recomendaciones del Ombudsman son eso, recomendaciones, y no decisiones o resoluciones, por lo que no son vinculantes⁽⁵¹⁾ para las partes, careciendo así de fuerza ejecutiva. En otras palabras, el *Banking Ombudsman* no proporciona opiniones jurídicas o asesoramiento jurídico que deba ser acatado por el banco y el cliente.

Ello nos lleva a hacer una breve referencia al valor jurídico del acuerdo precisamente porque los acuerdos resultantes tras la mediación del *Banking Ombudsman* no son inmediatamente ejecutables, por lo que las partes podrán o no cumplir con lo fijado en la decisión, conforme a su voluntad⁽⁵²⁾, esto es, las partes tienen libertad para decidir si desean conformarse a la propuesta o si deciden entablar acciones judiciales. Si bien merece la pena destacar que en la mayoría de los casos estos acuerdos son adoptados por las partes sin necesidad de recurrir a otras instancias o procedimientos.

Anualmente el *Banking Ombudsman* debe preparar un informe sobre sus actividades. Estos informes nos parecen de gran utilidad puesto que en ellos se incluyen ejemplos de casos que nos proporcionan una visión interna del funcionamiento de este procedimiento extrajudicial tan eficaz y de su realidad con datos. Precisamente, y gracias a estos informes, hemos podido comprobar que, tras el inicio de la crisis económica, el número de quejas y reclamaciones se ha visto considerablemente incrementado. La disconformidad manifiesta de los clientes por el servicio que reciben de los bancos, en especial en lo relativo a la falta de información de los productos y servicios que ofertan y a los riesgos que de ellos se derivan, por un lado, y el mayor conocimiento por parte de los consumidores de la existencia y funcionamiento de estos métodos de

(51) WARE, S.J.: *Principles of Alternative Dispute Resolution*, op. cit., p. 7.

(52) Al respecto, véase, INTERNATIONAL TRADE CENTRE UNCTAD/WTO (ed. por G. LOADES): *Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How to settle international business disputes*, International Trade Centre, Ginebra, 2001, pp. 33-41. En estas páginas se explica, brevemente y en términos generales, los procedimientos seguidos en el arbitraje, en la conciliación y en la mediación.

En España, por ejemplo, para su conversión en título ejecutivo se requiere su elevación a escritura pública. Además, para poder ser ejecutables, deben pasar por un control de legalidad, puesto que se ha de verificar que el contenido del acuerdo no es contrario a derecho. Este control se realiza en una doble instancia: primero se realiza un control notarial, y posteriormente, un control judicial para los casos en que se solicite judicialmente su ejecución.

resolución de conflictos, por el otro, han sido las causas determinantes para que los conflictos bancarios en Suiza se hayan hasta triplicado⁽⁵³⁾.

Esta situación hace que consideremos imprescindible seguir fomentando el uso de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, tanto en el sector bancario como en otros ámbitos igualmente complejos. Y ya no sólo porque sean una vía más rápida que la judicial o presenten mayores ventajas, sino porque permiten a los consumidores acudir a un experto en temas bancarios. Pero este experto no asume exclusivamente el reto de resolver la disputa, como puede hacer un juez, sino que va más allá, al tratar de guiar a las partes para favorecer un pacto o acuerdo, beneficioso para ambas.

A nuestro parecer, los defensores del cliente bancario han realizado, y continúan hoy en día haciendo, una labor realmente positiva y beneficiosa, tanto para los clientes como para los bancos. Entendemos que su labor tiene repercusiones en un doble sentido: por un lado, permite disminuir la litigiosidad mediante la resolución de los problemas que surgen entre las instituciones bancarias y sus clientes y, por otro lado, provee a estos consumidores de servicios y productos bancarios de un sistema ágil y rápido de resolver los conflictos. Y todo ello mediante un procedimiento muy sencillo y flexible, que hace que resulte mucho más atractivo que el proceso judicial e, incluso, que otros métodos ADR. Todo lo cual nos lleva a destacar la importancia de esta figura del Ombudsman para hacer realidad esa filosofía de no litigio, mediante el fomento de la resolución amistosa de los conflictos, contribuyendo también así a la mejora de la convivencia social.

(53) Véase la web oficial de la unidad empresarial de la sociedad suiza de radiodifusión y televisión: <http://www.swissinfo.ch/spa/economia/Se_triplican_en_dos_anos_litigios_contra_los_bancos_suizos.html?cid=17994910>, consultada el día 15 de octubre de 2012. Concretamente, indica que para el año 2009, el Ombudsman suizo de la banca arbitró 4.747 expedientes de clientes quejosos de abusos bancarios, el dato más alto en los 17 años de vida que tiene este organismo. Son tres veces más casos que en 2007, el año previo a la crisis de las *subprime*.