LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN ESPAÑA: ¿UNA ALTERNATIVA VIABLE? LA ESPERADA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO (DADR)

María Dolores Mas Badia[1]
Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Valencia

RESUMEN

En este artículo se reflexiona sobre la viabilidad de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el marco normativo constituido por la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo y el Reglamento (UE) n. 524/2013. Se analizan las razones y consecuencias de la exclusión de la mediación de consumo de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la sumisión a la Directiva 2013/11/UE; así como los factores que avalan o, por el contrario, dificultan la mediación de consumo. La actualidad del tema deriva de la próxima aprobación de la Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo por la que se procederá a la transposición de la Directiva 2013/11 al Derecho interno[2].

ABSTRACT

This article considers the viability of mediation as an alternative mechanism in conflict resolution in the normative frame set up by the 2013/11/UE Directive, 21st of May and the 524/2013 Regulation. In particular, the reasons and consequences of excluding consumption mediation from the Directive about mediation in civil and commercial matters and the submission to the 2013/11/UE are analysed; in addition to the factors that guarantee, or, on the contrary, difficult the viability of the consumption mediation. The topicality of this issue results from the imminent approval of the alternative consumption conflicts resolution law, that will transpose the 2013/11 Directive to internal law.

1. La necesidad de articular cauces jurídicos adecuados para la defensa eficaz de los derechos de los consumidores

En un contexto de transacciones en masa, la realidad manifiesta un índice elevado de conflictividad en las relaciones de consumo. En la Comunicación de 13 de abril de 2011 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada "Acta del Mercado Único"[3] podía leerse: *"El mercado único es para los consumidores una realidad de su vida cotidiana cuando viajan, compran y efectúan pagos. Pero los ciudadanos siguen enfrentándose a menudo a numerosos obstáculos y no tienen plena confianza en la posibilidad de obtener reparación en caso de que surjan problemas. Por ello, para relanzar el mercado único y, en especial, el mercado único digital, es esencial reforzar la confianza de los consumidores en el ejercicio de sus derechos"*.

No basta con reconocer derechos, sino que es necesario dotar a los consumidores de los instrumentos y cauces adecuados para hacer valer, de forma eficaz, esos derechos. Instrumentos y cauces que sean susceptibles de generar confianza. De otra forma, tales mecanismos carecerán de virtualidad práctica. Son tres peldaños – derechos, vías de defensa y confianza – que es necesario subir para lograr el resultado esperado. El constituyente español era consciente, al menos, de los dos primeros pasos, cuando proclamó en el art. 51.1 CE que *"Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos"*[4]. Y en tal sentido debe interpretarse el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[5], rubricado *"Protección de los consumidores"*, conforme con el cual: *"Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores"*.

No hay duda de que para facilitar el acceso eficaz a la justicia, es importante mejorar la vía judicial, dotándola, entre otros aspectos, de mayor agilidad y en este sentido se han adoptado medidas significativas por la Unión Europea[6]. Pero también lo es – y, como se podrá comprobar, constituye una prioridad para la UE – regular de

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 163 13/03/2017 09:43:43

forma adecuada e impulsar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (mecanismos de ADR –*Alternative Dispute Resolution*–). De este modo, no sólo se descarga a una jurisdicción ya saturada, sino que se pone a disposición de los consumidores, como alternativa al litigio judicial o, como veremos, de forma complementaria con este, instrumentos más baratos, rápidos y sencillos que garanticen su derecho de acceso a la justicia, en sentido amplio y que, en muchos casos –no necesariamente en todos– pueden resultar más convenientes que la vía judicial[7]. Téngase en cuenta, entre otros datos, que gran parte de las reclamaciones de los consumidores tienen un valor económico relativamente pequeño (*small claims*), por lo que judicializarlas puede resultar desproporcionado, atendidos sus costes y la lentitud de los procesos judiciales, y poco adecuado para la satisfacción real del interés del consumidor. Ello tiene un efecto disuasorio para este que, muchas veces, no reclamará sus derechos.

Por otra parte, la relación de costes-beneficios para el empresario que contrata en masa, a la vista de lo anterior, hace para el mismo más rentable, en no pocas ocasiones, incumplir y soportar un porcentaje, pequeño si lo comparamos con el número de las posibles, de reclamaciones. Aunque creo que es importante matizar esta última afirmación con la siguiente reflexión: para la empresa constituye una apuesta de futuro la fidelización de los clientes y, sin duda, una actitud colaboradora en la adecuada atención de sus reclamaciones contribuirá a la misma. No inventamos nada nuevo: muchas grandes empresas son conscientes de la importancia que tiene para su imagen cuidar el Servicio de Atención al Cliente o la figura del Defensor del Cliente; lo mismo podría ocurrir si participaran en la consecución de soluciones colaborativas con sus clientes insatisfechos a través de mecanismos como la mediación. En este sentido, es conveniente promover una cultura de la mediación tanto entre consumidores, como entre empresarios.

En la regulación de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo deben tenerse en cuenta diversos factores. No es el menor de ellos la desigualdad material que habitualmente caracteriza las relaciones entre empresario y consumidor, que encuentra reflejo en la contratación mediante condiciones generales, así como el diferente grado de asesoría jurídica con que muchas veces

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 164 13/03/2017 09:43:43

contarán uno y otro. En relación con este último aspecto, en sentido compensador, hay que subrayar el importante papel que están llamadas a jugar las asociaciones de consumidores. Si la desigualdad material entre empresario y consumidor constituye un obstáculo insalvable para la mediación o un reto a superar por el mediador es algo de lo que trataré más adelante.

Pero no basta con regular estos mecanismos alternativos. Como decía, es necesario generar confianza tanto en los consumidores como en los empresarios acerca de su correcto funcionamiento y de las ventajas que pueden reportar, para unos y para otros. No se olvide que se trata de mecanismos voluntarios y, por tanto, quien los utilice debe estar interesado en hacerlo. La confianza está íntimamente vinculada a la seguridad. Debe reconocerse que, en España, la mediación todavía genera inseguridad, pero en parte se debe al desconocimiento del mecanismo por los ciudadanos y por muchos profesionales del medio jurídico[8]. En la Encuesta del Eurobarómetro de 2013[9] el 36% de los ciudadanos españoles declaraban no estar muy bien informados acerca de la mediación y el 38%, no estar nada informados. Tampoco puede ocultarse que genera ciertas suspicacias entre un sector de la abogacía y, centrándonos en los conflictos de consumo, se observan recelos en las asociaciones de consumidores.

En el caso de las ODR (*Online Dispute Resolution*), los factores genéricos de inseguridad que puedan venir asociados a los mecanismos de ADR, entre ellos la mediación, se ven agravados por factores específicos vinculados al medio técnico empleado: la vía electrónica. La seguridad técnica afecta sobre todo a la comunicación del mensaje: es necesario garantizar que éste llegará a su destinatario, la procedencia o identidad de quien lo envía, su integridad, su confidencialidad y el no repudio por el remitente.

Por otra parte, con una perspectiva de análisis económico, debemos cerciorarnos de que se promuevan mecanismos viables desde este punto de vista. En un contexto de crisis económica, un sector de la doctrina se plantea si acaso la tradicional vía del arbitraje de consumo se ha convertido en la actualidad en "un lujo que no nos podemos permitir"[10]. O qué papel puede jugar la mediación como alternativa, sobre todo, si no es gratuita para el usuario. Ya adelanto que, en mi opinión, la

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 165 13/03/2017 09:43:43

mediación de consumo no está llamada a sustituir al arbitraje, pero puede ser una alternativa no desdeñable a este mecanismo alternativo (la "alternativa a la alternativa"[11]) en no pocas ocasiones. Por otra parte, junto a la mediación en sentido estricto me referiré a la intermediación en materia de consumo que en los últimos tiempos ha dado buenos resultados en asuntos tan importantes como los impagos de préstamos garantizados con hipoteca sobre la vivienda familiar.

2. El impulso normativo de los ADR en conflictos de consumo: una prioridad en la Unión Europea

En la Comunicación de 13 de abril de 2011, antes citada, la Comisión Europea formuló *"Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza"*. Entre ellas, en el punto 4, se refería a *"Los consumidores como actores del mercado único"* y aludía, como medida clave, a la legislación sobre la resolución alternativa de litigios: *"El objetivo es garantizar la puesta en marcha de vías de recurso extrajudiciales que, además de posibilitar una solución fácil, rápida y barata para los consumidores, permita preservar las relaciones de las empresas con su clientela. Esta medida incluirá un apartado dedicado al comercio en línea"*.

El esfuerzo de la Unión Europea en este sentido ha cristalizado en dos normas que fueron publicadas en el DOUE, el 18 de junio de 2013: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE[12] (en adelante, Directiva ADR); y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, por el que se modifican las mismas normas afectadas por la citada Directiva[13] (en adelante, Reglamento ODR).

Sin embargo, el interés de la UE por los mecanismos ADR en el ámbito del consumo es muy anterior. Puede comprobarse a la vista de los antecedentes representados por el Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 166 13/03/2017 09:43:43

único[14]; la Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior[15]; la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo[16]; la Recomendación de la Comisión 98/257/CEE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo[17]; la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo[18]; o el Libro Verde de la UE (COM 2002/196) sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil[19], fruto, este último, de la invitación del Consejo para testar la situación existente en aquel momento e iniciar "una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que convenga adoptar". Igualmente se manifiesta este interés con la creación, el 16 de octubre de 2001, de la Red Extrajudicial Europea (EEJ-NET), que nace con el objetivo de facilitar la solución extrajudicial de conflictos transfronterizos de consumo en el ámbito de la Unión Europea y de Noruega e Islandia[20]; y la red para la resolución extrajudicial de conflictos en el sector de los servicios financieros (FIN-NET), creada por la Comisión Europea en 2001, a pesar de sus carencias.

Sea como sea, la implantación, en la práctica, de soluciones fáciles, rápidas y baratas que tutelen eficazmente el derecho de acceso a la justicia de los consumidores – que no otro es el que, en última instancia, se encuentra en juego –, es todavía una asignatura pendiente. Y no se olvide en ningún momento que una justicia lenta y cara es cuestionable que sea, en realidad, justicia. Por otra parte, la gran heterogeneidad de soluciones y el diferente grado de implantación y eficacia práctica en los distintos EEMM[21] supone un lastre para el avance de un Mercado Único.

En España, en concreto, el mecanismo que ha tenido mayor desarrollo o impacto hasta la fecha ha sido el arbitraje de consumo y ello, tanto a nivel normativo[22], como de elaboración doctrinal y utilidad práctica. Sin embargo, la próxima transposición de la Directiva 2013/11/UE al Derecho interno español puede suponer un nuevo impulso a

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 167 13/03/2017 09:43:43

otros mecanismos de ADR, en los que, a diferencia tanto de la vía judicial como del arbitraje, se fomente la autocomposición colaborativa por las propias partes en conflicto, en especial la mediación. Sea como sea, España ha superado ya el plazo límite para la incorporación de la Directiva ADR, que finalizaba el 9 de julio de 2015. A fecha de hoy, tan solo se ha formulado un anteproyecto, que se encuentra en fase de consultas, y que tendré ocasión de comentar después.

3. Presupuestos preliminares: ¿Qué es la mediación y cuáles son sus ventajas?

La mediación es un procedimiento de gestión de conflictos alternativo o complementario del judicial. En su configuración moderna, se inicia en los Estados Unidos de América en la segunda mitad de los años 70 y se extiende después a otros países de aquel continente y a Europa.

Frente a la heterocomposición del conflicto que suponen la solución judicial y también otros mecanismos de ADR, como el arbitraje, en los que es un tercero ajeno a las partes en disputa el que decide o resuelve, perdiendo aquellas la disponibilidad sobre la cuestión litigiosa, la mediación persigue la autocomposición por las propias partes, conducidas por el mediador hacia actitudes de diálogo que faciliten los acuerdos. Para ello, el mediador ha de haber recibido una formación especializada.

La misión fundamental del profesional mediador, imparcial y sin poder decisorio, es facilitar la comunicación entre los implicados. Utilizando una serie de técnicas características, intentará estimular y canalizar la capacidad de los propios sujetos en conflicto para administrar el mismo (algo ajeno tanto al procedimiento judicial como al arbitral). De ahí, que el mecanismo de la mediación se encuentre estrechamente vinculado a la autonomía privada y a la participación de los propios ciudadanos en la consecución de la justicia.

En este sentido, el art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM)[23], define la mediación como *"aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan*

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 168 13/03/2017 09:43:43

voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador". Y, con referencia expresa a la mediación de consumo, aunque en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el art. 132-1 de la Ley 22/2010, de 20 de julio del Código de Consumo de Cataluña[24], la describe como "*un procedimiento que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitar la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio*".

La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos e la mediación de consumo en aspectos civiles y mercantiles[25] destaca algunas de las principales virtualidades de la mediación, que la doctrina especializada ya ponía de relieve, por comparación con la vía judicial:

1) el menor coste económico (a lo que podríamos añadir un menor coste social y psicológico);

2) la mayor celeridad en la solución de los conflictos;

3) el mayor grado de cumplimiento voluntario de los acuerdos que se alcancen dado que estos son fruto de la negociación de los sujetos que quedan vinculados por los mismos, con lo cual se fomenta la responsabilidad y la autonomía;

4) o la virtualidad, a diferencia de lo que suele suceder con el mecanismo judicial – en el que una parte gana y otra pierde –, para preservar una relación futura viable entre las partes – en la mediación, ambas ganan – (lo que puede ser interesante cuando hablamos de un comerciante y sus clientes)[26].

Muchas de estas ventajas también pueden predicarse de la mediación en comparación con el arbitraje. Por el contrario, el talón de Aquiles de la mediación frente al arbitraje podría estar, en España, en la gratuidad de este último. Después me detendré en este aspecto.

El proceso de mediación se caracteriza por una serie de principios esenciales o vertebradores: voluntariedad, igualdad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. Todos ellos se encontraban ya presentes en la Recomendación de 21 de enero de 1998 R(98)1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y han quedado reflejados en la Directiva 2008/52/CE y en la LMACM (vid. arts. 6 a 9), así como en las normas autonómicas que regulan la mediación.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 169 13/03/2017 09:43:43

En relación con las personas que se someten a mediación, la voluntariedad opera, en sentido positivo y negativo, en la génesis del procedimiento (las partes son libres de acudir o no a él, lo que puede ser compatible con la regulación de la obligación de asistir, en determinados casos – p. ej., cuando así lo indique un juez o árbitro –, a una sesión informativa[27]); durante el desarrollo del procedimiento (las partes pueden desistir del mismo en cualquier momento); y también respecto de los acuerdos eventualmente alcanzados, que no pueden ser más que libres y voluntarios.

La imparcialidad o, como algunos autores prefieren, la multiparcialidad, significa que el mediador no ha de tomar partido por ninguna de las partes – o ha de tomar el mismo partido por todas ellas –[28]. Así mismo, en la mediación en sentido estricto (otra cosa es la mediación valorativa o la intermediación, a la que luego me referiré), el mediador no debe ofrecer consejo legal ni de otro tipo a las partes en conflicto (si fuera necesario, los remitiría al especialista adecuado) ni proponer las soluciones, lo que ayuda a delimitar esta figura de la conciliación. En este sentido se afirma que el mediador, además de imparcial, ha de ser neutral respecto del resultado del procedimiento de mediación. El mediador no es un consejero. Evitará efectuar juicios de valor sobre el contenido de los acuerdos a que lleguen las partes (sin perjuicio de velar por su legalidad), imponer sus propios principios u opiniones o influir en las personas mediadas guiado por aquellas opiniones. Ha de limitarse a evitar, por medio de la información adecuada, que se pacte sobre materias legalmente indisponibles por los particulares o que los acuerdos adoptados atenten contra normas imperativas, la moral o el orden público (cfr. art. 1255 CC). Para cumplir con sus funciones ha de tener una cualificación profesional adecuada, aspecto sobre el que se detienen todas las leyes autonómicas sobre mediación o que regulan la mediación, así como la legislación estatal, y que plantea una importante especialidad en materia de consumo[29]. En efecto, según la Directiva 2013/11/UE se exige el profesional que medie en consumo que posea "un conocimiento general suficiente del Derecho" (art. 6.1.a))[30]. Lo que no exige, en cambio, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (*vid.* art. 11, desarrollado por los arts. 3 a 7 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 170 13/03/2017 09:43:43

determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[31]).

Finalmente, la exigencia de confidencialidad actúa en tres planos: como principio rector del proceso de mediación; como deber del mediador, cuya infracción – que normalmente se considera grave – lleva aparejada determinadas sanciones; y como obligación de las partes y de cualquier otra persona que intervenga en el procedimiento de mediación, en relación con la información personal de la que hayan tenido conocimiento en el transcurso del procedimiento de mediación. Aún cuando faltara referencia expresa en alguna norma concreta que regulara supuestos de mediación, a este deber, hay que entenderlo implícito en la consideración de la confidencialidad como principio directriz de la mediación. Por otra parte, el profesional mediador se encuentra vinculado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[32] y las normas que la desarrollan. Sea como sea, el deber de mantener la debida reserva no tiene carácter absoluto. Constituyen excepciones al mismo las siguientes: el acuerdo de las partes; cuando se vea amenazada la integridad física o psíquica de alguna persona (cualquiera de las partes o un tercero); o cuando haya indicios de criminalidad. La confidencialidad tampoco afecta a la información obtenida que no sea personalizada y se utilice para fines de formación o investigación. Estos límites, con matices, han sido positivizados en las normas que regulan la mediación[33].

4. Marco normativo de la mediación de consumo en España. Su exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2008/52/CE y de la Ley 5/2012 de 6 de julio

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye expresamente de su ámbito objetivo de aplicación la mediación en materia de consumo[34], en coherencia – aparentemente – con la exclusión que ya contenía la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación de consumo en asuntos civiles y mercantiles, de la cual aquella Ley no es sino trasunto[35]. Aunque en la Directiva la fórmula era más amplia pues no circunscribía la exclusión a la mediación, sino

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 171 13/03/2017 09:43:43

que refería tal exclusión a "*los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo*", de lo cual puede extraerse, como luego se verá, alguna conclusión interesante.

Califico como aparente la coherencia, pues no puede asumirse con total comodidad. De hecho, no faltan especialistas en la materia – así, Cortés – que entienden que la exclusión de la mediación de consumo del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 se basa en una mala traducción e interpretación del Considerando 11 de la Directiva[36].

Sea como sea, a nivel interno, la exclusión contenida en la Ley 5/2012, hace que deba buscarse la regulación básica general de la mediación de consumo, a nivel estatal, en la Ley que transponga finalmente al Derecho español la Directiva 2013/11/UE, sin perjuicio de la aplicación directa, en la medida de lo posible, de esta directiva. Y, a nivel autonómico, en las numerosas leyes que regulan el mecanismo (habitualmente en el seno de leyes más amplias destinadas a la protección de los consumidores y usuarios) y que, igualmente, deberán respetar los mínimos establecidos en la citada Directiva.

La exclusión a la que me acabo de referir sugiere dos preguntas: una acerca de las razones que la han motivado, y otra sobre su conveniencia.

Así mismo, exige dejar claro dese el principio algo fundamental: la exclusión de los conflictos de consumo no lo es de la posibilidad de acudir a la mediación como mecanismo alternativo de resolución del conflicto[37], sino de la sumisión de la mediación de consumo a la Ley 5/2012 y a la Directiva 2008/52/CE y ello, ya veremos que con matices, pues, en mi opinión cabe acudir a la aplicación de las reglas jurídicas y de los principios positivizados en estas normas, en lo que resulten compatibles con la Directiva 2013/11/UE y la legislación de transposición, para cubrir lagunas de estas últimas, como Derecho supletorio[38].

4.1. Razones de la exclusión. Entre los motivos que pueden justificar la exclusión de la mediación de consumo del ámbito de aplicación de la LMACM se ha aducido "el presumible desequilibrio de partida en la capacidad de negociación de las partes" y "el campo reducido de materias de libre disposición para ellas"[39].

Es cierto que resulta consustancial a la mediación que exista un equilibrio entre las partes que garantice su libertad a la hora de adoptar acuerdos y la equidad de los mismos. Esta es una de las razones para, p.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 172 13/03/2017 09:43:43

ej., cuestionar la posibilidad de la mediación en contextos de violencia doméstica. Como se ha señalado en la doctrina, las propias asociaciones de consumidores son muchas veces reacias a la mediación, por entender que los consumidores no se encuentran en situación de igualdad para dar inicio a unas negociaciones en las que estarían abocados a un mal acuerdo[40]. Pero también es cierto que en determinados ámbitos, como el de los conflictos de consumo, puede potenciarse la función del mediador en el sentido de corregir desequilibrios de partida y velar por que se cumplan los principios de la mediación, garantizando de este modo, como señala el art. 7 LMACM, *"que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones"*. Si el mediador observa que no es posible lograr este objetivo dará por concluido el procedimiento de mediación.

Es cierto que resulta consustancial a la mediación que exista un equilibrio entre las partes que garantice su libertad a la hora de adoptar acuerdos y la equidad de los mismos

En cuanto a las materias sobre las que las partes pueden disponer libremente, no faltan, desde luego, en el ámbito de los conflictos surgidos del incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos de consumo, una vez producido dicho incumplimiento. Para justificar esta afirmación basta con tener en cuenta que, conforme al art. 2.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDA)[41], que concuerda con el art. 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA)[42], son susceptibles de arbitraje de consumo los conflictos que versen "sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho" y nadie duda que el arbitraje de consumo funciona extensamente en la práctica[43]. Sobre las mismas materias cabría mediación de consumo.

Otro de los argumentos utilizados para justificar la exclusión consiste en cuestionar que en la mediación de consumo se pueda observar el principio de confidencialidad, sobre todo teniendo en cuenta la legitimación de asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios para promover procesos dirigidos a la protección de derechos e intereses

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 173 13/03/2017 09:43:43

colectivos y difusos de estos (cfr. art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Ahora bien, que exista una legitimación amplia en relación con otras vías de solución del conflicto – judicial o alternativas, como el arbitraje – no ha de llamar a engaño. La mediación, en sentido estricto, es un mecanismo que queda circunscrito a las partes en conflicto, que solo puede iniciarse y seguirse por estas personalmente (otra cosa es que varios consumidores acudan a un mismo procedimiento de mediación con un empresario, bien entendido que cualquiera de ellos puede abandonar el procedimiento en cualquier momento y que los acuerdos alcanzados con unos no vinculan a los otros si no los asumen de modo expreso). La mediación se diferencia en esto del arbitraje, donde sí que cabe la figura del arbitraje colectivo de consumo. De hecho, el RD 231/2008 introdujo como novedad la regulación expresa de esta modalidad de arbitraje. Conforme con el art. 56 RD 231/2008, *"El arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos"*[44]. La regulación de la figura se desarrolla en los arts. 56 a 62 RD 231/2008. El arbitraje colectivo puede ser iniciado de oficio por la Junta Arbitral o a iniciativa de las asociaciones de consumidores, lo que nunca podría suceder con un procedimiento de mediación (otra cosa es que las asociaciones de consumidores puedan fomentar que sus asociados acudan a sesiones informativas sobre mediación). Si la empresa responsable, una vez requerida acepta someterse al arbitraje colectivo, deberá proponer un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente a los consumidores potencialmente afectados. Esta contemplación de consumidores potencialmente afectados, tampoco se daría en la mediación, en que negocian siempre personas concretas que han aceptado voluntariamente someterse a la mediación. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el laudo dictado en un arbitraje colectivo solo afectar a los concretos consumidores que hayan participado en ese procedimiento arbitral, sin que puedan beneficiarse del mismo otros posibles perjudicados. En este sentido, los efectos se aproximan a los de un acuerdo de mediación, sin que quepa afirmar, en puridad técnica, que en el arbitraje colectivo se tutelan intereses colectivos[45].

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 174 13/03/2017 09:43:43

En conclusión: de mediación colectiva sólo podría hablarse en el sentido de que varios consumidores con el mismo problema frente a un empresario acudieran juntos a mediación, pero debería existir voluntad individual de cada uno para ello y el eventual acuerdo sólo les vincularía en la medida en que fueran parte del mismo, pudiendo retirarse en cualquier momento de la mediación sin perjuicio de seguir ésta entre las partes restantes.

En cuanto al principio de confidencialidad, este se recoge de modo expreso en el art. 5 del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de conflictos de consumo.

4.1. Conveniencia o no de la exclusión. Hemos visto cómo las razones que se aducen para la exclusión de la mediación de consumo del ámbito de aplicación de la LMACV pueden ser contestadas. Cabe ahora preguntarse por la conveniencia de dicha exclusión.

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Antes bien, la inclusión en el ámbito de aplicación de la LMACM tendría efectos positivos, como los derivados de la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación, cumplidos ciertos requisitos (cfr. arts. 25 y ss.). Por otra parte, la LMACM regula este mecanismo específico de ADR, mientras que la Directiva 2013/11/UE y lo mismo la Ley que la trasponga al Derecho interno contiene una regulación genérica de mecanismos alternativos de resolución de conflictos de consumo, que no atiende debidamente a las particularidades de cada uno de ellos, lo que genera inseguridad jurídica y requiere, a su vez, una regulación específica de cada uno de estos instrumentos de ADR (bien en leyes separadas, bien dentro de una misma ley). En este sentido, en relación con el arbitraje, bastaría con adaptar las normas que ya existen sobre arbitraje de consumo, que cuenta con una regulación sistemática; en cambio, si se niega la aplicación de la LMACM a la mediación de consumo, habrá que generar disposiciones especiales que la regulen (muchas Comunidades Autónomas ya cuentan con normativa específica sobre la materia[46]).

En cualquier caso, insisto en que debe admitirse la aplicación de los principios rectores contenidos en la LMACM, a la mediación de consumo, y también la de normas concretas para cubrir lagunas, por vía supletoria, siempre con respeto a lo dispuesto en la Directiva 2013/11/UE y a la futura Ley de transposición.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 175 13/03/2017 09:43:43

5. Rasgos generales de la Directiva ADR y su transposición al derecho interno. El Reglamento ODR como complemento de la directiva

Aunque la Directiva ADR estableció como fecha tope para su transposición al Derecho interno, la del 9 de julio de 2015, el Estado español todavía no ha dictado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias a tal efecto. Existe un Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo[47], que se encuentra sometido a fase de consulta.

Tanto la Directiva 2013/11/UE, como el citado Anteproyecto de Ley, regulan con carácter general, sin distinguir entre ellos ni articular una normativa específica que atienda a sus peculiaridades, los distintos mecanismos ADR que pueden operar en materia de consumo y en los que podrían incluirse figuras tan diversas como el arbitraje o la mediación, entre otras[48]. El art. 1 de la Directiva señala: "*1. La presente Directiva se aplicará a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, "entidad de resolución alternativa"), que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa*". El mecanismo de la mediación se encontraría incluido en este último inciso.

Se trata de una directiva de mínimos que deja abierta a los Estados Miembros la posibilidad de dictar normas más protectoras para los consumidores.

Si se combina ambos factores, puede extraerse como conclusión la flexibilidad de esta normativa. Sin embargo tal flexibilidad, al no contemplar las especificidades de los distintos procedimientos, puede constituirse también en un indeseable agente de inseguridad. Y, en cualquier caso, hará necesario integrar estas normas a partir de los principios que rijan cada uno de estos mecanismos y, en algunos supuestos, mediante la aplicación supletoria de otras normas, aunque la materia de consumo esté excluida, en principio de su ámbito de

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 176 13/03/2017 09:43:43

aplicación (así la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en cuanto resulte compatible con la Normativa sobre ADR en conflictos de consumo).

El objetivo de la directiva es que los Estados miembros garanticen a los consumidores, la posibilidad de que sus reclamaciones sean resueltas por entidades que ofrezcan procedimientos de resolución de litigios que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. A tales efectos, deberá partirse de las entidades y los procedimientos de ADR ya existentes en los Estados miembros, a las que se añadirán los de nueva creación, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos.

La Directiva ADR se complementa con el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento ODR), que regula la creación de una plataforma europea que facilite la resolución extrajudicial de litigios de consumo derivados de la contratación en línea. Dicha Plataforma se puso en funcionamiento el pasado 15 de febrero[49]. Permite presentar reclamaciones sobre productos o servicios adquiridos en la red y encontrar un tercero neutral ("organismos de resolución de litigios" –registrados ante las autoridades nacionales y verificados–) que las tramite. Pueden utilizarse distintos métodos de resolución: mediación, arbitraje, conciliación, etc. Ahora bien, como se indica en la propia Plataforma, esta web no dispone de organismos de resolución de litigios en algunos sectores y en Croacia, España, Luxemburgo, Polonia y Rumanía. Por otra parte, aunque la empresa está obligada a informar al consumidor de la existencia de este instrumento, no lo está a aceptar que el conflicto se resuelva por esta vía, entre otras limitaciones.

Escapa al objeto de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de ambas normas. Pero, al menos, deseo destacar un aspecto que puede tener especial incidencia en relación con la mediación de consumo y que ya está resultando polémico.

Me refiero a la gratuidad. El mantener los costes de los mecanismos de ADR para el consumidor en niveles asequibles es uno de los factores de eficacia de estos instrumentos, factor sin el cual no puede decirse que se garantice de forma adecuada el acceso a la justicia.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 177 13/03/2017 09:43:43

La Directiva 2013/11/UE establece en su Considerando 41: *"Los procedimientos de resolución alternativa deben, preferiblemente, ser gratuitos para el consumidor. En caso de que se cobren costas, tales procedimientos deben ser accesibles, atractivos y asequibles para los consumidores. Con tal propósito, las costas no deben exceder una cuota mínima*". Y el art. 8, c) dispone que los EEMM velarán por que *"el procedimiento de resolución alternativa sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores*". Por su parte, el art. 11 del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, rubricado *"Costes de los procedimientos", dispone que "El procedimiento deberá ser, para los consumidores, gratuito o con un coste simbólico que no podrá superar la cuantía de 30 €"*.

El mantener los costes de los mecanismos de ADR para el consumidor en niveles asequibles es uno de los factores de eficacia de estos instrumentos

Por tanto, parece que no es requisito la gratuidad, aunque sí el coste moderado ("simbólico" en términos de la Directiva y del Anteproyecto). ¿Debería serlo? Si el valor económico del derecho reclamado es poco, el hecho de que existan otras alternativas gratuitas puede ser disuasorio. Esto acentúa el interés de las mediaciones *on line* de bajo coste para conflictos de pequeña cuantía.

En mi opinión, más que de gratuidad habría que hablar, en general, de costes moderados, no disuasorios (aunque el concepto de "coste simbólico" parece más restrictivo y resulta dudoso que se pueda interpretar de forma amplia). Sería interesante, que las asociaciones de consumidores cubrieran los costes de la mediación para sus asociados, dentro de los límites que se considere razonable. De este modo la entidad mediadora recibiría unos honorarios profesionales, a través de la asociación, pero no recaería directamente el coste en los consumidores (sí indirectamente al contemplarse o "repercutirse" en sus cuotas como asociados, aunque de un modo razonable, que no atentara contra el espíritu de la Directiva y la futura Ley de transposición).

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 178 13/03/2017 09:43:43

6. En especial, los mecanismos ODR y su interés en relación con reclamaciones de pequeña cuantía

El Reglamento (UE) 524/2013 pone de relieve la importancia creciente de los ODR (*On-line Dispute Resolution*) frente a los tradicionales mecanismos de ADR, que se renuevan a impulso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs). Los ODR pueden resultar especialmente adecuados en la gestión de los *small claims* de consumo cuando el conflicto se ciñe a la reclamación de una cantidad pequeña de dinero[50]. En este tipo de reclamaciones es necesario, más que en ningún otro, acelerar la solución y abaratar los costes. Resultan, en particular, interesantes los sistemas de negociación automática[51], posibles gracias a los avances de las nuevas tecnologías[52]. Son baratos y rápidos y pueden facilitar la gestión de las reclamaciones transfronterizas, lo que es importante, desde un punto de vista estratégico, en la consolidación del Mercado Único.

En el ordenamiento jurídico español, el art. 24.2 Ley 5/2012 establece que "*La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes*". Y la Disposición Final 7ª de la Ley 5/2012 contempla un proceso simplificado de mediación que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos, aunque señala que "*(l)as pretensiones de las partes, (…) en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho*", lo que plantea importantes problemas de interpretación. Por su parte, el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre[53] ha desarrollado una serie de aspectos básicos de este procedimiento en sus arts. 30 a 38.

Una adecuada regulación de los mecanismos de ODR –a los que se refiere expresamente el art. 32.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSICE)[54]–, que permita la resolución del conflicto de forma rápida y barata influirá, así mismo, de forma positiva en la extensión del comercio electrónico y de las transacciones transfronterizas.

Ahora bien, como sugería en la introducción, los ODR unen, a los factores genéricos de inseguridad que puedan venir asociados a los mecanismos de ADR, entre ellos la mediación, otros específicos

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 179 13/03/2017 09:43:44

vinculados al medio técnico empleado. La seguridad técnica afecta sobre todo a la comunicación del mensaje: es necesario garantizar que éste llegará a su destinatario, la procedencia o identidad de quien lo envía, su integridad, su confidencialidad y el no repudio por el remitente.

Presentan, además, desde el punto de vista normativo, una complejidad especial pues están sujetos, al mismo tiempo, a la legislación, de por sí compleja, sobre sociedad de la información y de comercio electrónico y a la referente a los mecanismos de ADR en general y al mecanismo concreto de ADR de que se trate (arbitraje, mediación, etc., pudiendo plantearse problemas en formas híbridas que combinen varios de estos modelos en el procedimiento en línea[55]). Sin olvidar otros sectores normativos como el de la protección de datos de carácter personal.

Por contra, entre sus ventajas no es la menor la facilidad y la flexibilidad, tanto espacial como temporal, no siendo necesario el desplazamiento físico de los interesados. En otros países ya funcionan con éxito este tipo de mecanismos (así, p. ej., ECODIR[56]).

En suma, la sociedad de la información y la comunicación es imparable y está dejando su impronta en el comercio y la contratación y, ahora también, en los cauces para gestionar los conflictos surgidos en el tráfico. Pero tiene sus riesgos y exige un esfuerzo suplementario desde el punto de vista técnico y jurídico, para fomentar la seguridad y confianza del usuario.

7. Mediación intrajudicial y mediación en el curso del procedimiento arbitral

La mediación puede operar bien al margen bien en el curso de un proceso judicial, en relación con el litigio que en él se conoce. En este último caso se habla de mediación intrajudicial, tanto si tiene lugar en fase de medidas provisionales, como en fase declarativa o bien tras la presentación de una demanda ejecutiva por incumplimiento de la sentencia. Puede obedecer a la iniciativa de las partes o del propio juez, que remite a aquellas a una sesión informativa sobre mediación, sin perjuicio de que el sometimiento al procedimiento de mediación sea una decisión enteramente voluntaria de los interesados. Los acuerdos

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 180 13/03/2017 09:43:44

que eventualmente se alcancen en el procedimiento de mediación podrán ser homologados judicialmente.

Del mismo modo, es posible que la mediación se promueva en el curso de un procedimiento arbitral o como paso previo a su iniciación. El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo[57] (en adelante, RDAC), se refiere, en varias de sus normas, de forma expresa a la mediación en el procedimiento arbitral[58], a pesar de que el preámbulo del RD había afirmado que se abstenía de regular este instituto de resolución de conflictos *"por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia"*[59]. Quizá esto último explique que no se mantuviera todo un capítulo dedicado a la mediación (como sí existía en el Proyecto que daría lugar al Real Decreto –capítulo V del Proyecto–)[60].

En concreto, se refieren a la mediación en el curso del procedimiento arbitral los arts. 37 y 38 Real Decreto 231/2008. Tras juzgar el Presidente de la Junta Arbitral de consumo que cabe admitir a trámite la solicitud de arbitraje (lo que no hará si considera que carece de cualquier fundamento o que no están afectados los derechos o los legítimos intereses económicos de los consumidores), en aquellos supuestos en los que proceda, invitará a las partes a alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa y hará constar expresamente que ha efectuado esta invitación en la resolución en la que acuerde el inicio del procedimiento arbitral.

Entiendo que la forma idónea de efectuar esta invitación consiste en derivar a las partes en conflicto a una sesión informativa sobre la mediación, tras la cual aquellas puedan, con conocimiento de causa, decidir voluntariamente y con total libertad si inician o no el procedimiento de mediación.

El art. 38 regula con mayor detalle la mediación en el procedimiento arbitral. Lo hace en los siguientes términos: *"1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto*[61].

2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 181 13/03/2017 09:43:44

Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.

3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros." El deber de confidencialidad viene confirmado en el art. 41.2, que, bajo la rúbrica *"Principios del procedimiento arbitral"*, dispone: *"2. Los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las Juntas Arbitrales de Consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral"*.

El art. 22.1 especifica que *"no podrán actuar como árbitros quienes hayan intervenido como mediadores en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviera relación estrecha con aquel"*.

En mi opinión, el órgano arbitral, si lo estima conveniente, podrá invitar a las partes a intentar la mediación en cualquier momento del procedimiento arbitral antes de que se dicte el laudo[62]. Así resulta, no solo de la aplicación analógica del art. 42.1 RD 231/2008, sino del art. 48, relativo a la terminación de las actuaciones y laudo. En el número 2, este precepto dispone: *"Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, al conflicto, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados, incorporando el acuerdo adoptado al laudo, salvo que aprecie motivos para oponerse"*. Este acuerdo podría derivar de un procedimiento de mediación.

El art. 49, sobre el plazo para dictar el laudo, que fija en seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral (prorrogable por un período no superior a dos meses mediante decisión motivada del órgano arbitral y salvo acuerdo en contrario de las partes), añade: *"El plazo para dictar laudo se suspenderá, además de por las causas y en los plazos previstos en el artículo 22, para el intento de mediación previa prevista en el artículo 38, por un periodo no superior a un mes desde el acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral"*.

En otro orden de cosas, el art. 25, relativo a la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, en su número 1, apartado II establece que las empresas o profesionales que formulen una oferta pública de adhesión expresarán en ella, entre otros extremos, *"si se*

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 182 13/03/2017 09:43:44

acepta la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales". En el supuesto de no constar esta mención, *"la oferta se entenderá realizada en equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de la mediación previa*".

Las normas anteriores constituyen desarrollo de la establecida en el art. 6, apartado f) del mismo Real Decreto 231/2008, que enumera, entre las funciones que corresponden a las Juntas Arbitrales de Consumo, la de *"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"*.

Se ha insistido en que la mediación de consumo regulada en el RDAC – y en general en la legislación autonómica – tiene carácter institucional, asumiendo la junta arbitral la labor de mediación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. art. 22.1, según el cual, *"no podrán actuar como árbitros quienes hayan intervenido como mediadores en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviera relación estrecha con aquel*". Por tanto, aunque la propia Junta Arbitral pueda proveer de mediadores, estas personas actuaran como tales y para ello deberán cumplir los requisitos que exige la ley a los mediadores, y no como árbitros. Por otra parte, no veo obstáculo legal para que las partes puedan seguir la mediación asistidos por un mediador externo a la Junta Arbitral, aunque la iniciativa de encauzarlos o sugerirles la posibilidad de la mediación haya partido de ésta.

8. Mediación en sentido estricto frente a intermediación o mediación valorativa: el principio de neutralidad en la mediación

He dejado para el final una reflexión, breve, en torno a una figura que no debe confundirse con la mediación en sentido estricto, sin perjuicio de su utilidad para gestionar y resolver conflictos de consumo, como demuestra la práctica. Me refiero a la intermediación, en que el "intermediador" pierde la neutralidad característica de la mediación y asume un papel de asesor y negociador, opinando y proponiendo soluciones. En los últimos años ha dado frutos significativos en ámbitos tan sensibles como el hipotecario, evitando que muchos

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 183 13/03/2017 09:43:44

consumidores, incapaces de seguir cumpliendo regularmente, como consecuencia de la grave crisis económica y financiera, con el pago de sus préstamos garantizados con hipoteca, habitualmente sobre su vivienda habitual, perdieran esta vivienda o se vieran lastrados de por vida por sus deudas. Algunos colegios profesionales (pongo como ejemplo la experiencia que me resulta más cercana, la del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, a través del CMICAV) prestan gratuitamente este servicio[63].

Es cierto que el requisito de la neutralidad queda al margen de los que establece la Directiva 2013/11/UE, así como el art. 23 del Anteproyecto de Ley. Esto se explica por el carácter genérico de la regulación, aplicable a cualquier mecanismo de ADR operativo en el ámbito de los conflictos de consumo. Sin embargo, cuando nos encontremos ante una mediación de consumo en sentido estricto, debe regir el principio de neutralidad, resultando aplicable analógicamente la normativa sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Si falta esta neutralidad, estaremos ante una figura distinta, aunque legítima.

Notas

1. María Dolores Mas Badia. Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Valencia.
2. El presente estudio es resultado de la investigación desarrollada en el marco del Proyecto "Derecho civil valenciano y europeo" del Programa Prometeo para Grupos de Investigación de Excelencia de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, GVPROMETEOII2015-014.
3. COM (2011) 206 final.
4. En esta línea, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo declara: *"En la evolución de la protección jurídica del consumidor, tanto en los ordenamientos nacionales como en el Derecho comunitario, se pueden distinguir, algo distantes, aunque no del todo separadas, dos etapas: una primera en la que se reconocen principios y derechos en favor de los consumidores y otra segunda, en la que los Estados advierten que no es suficiente el reconocimiento de un repertorio de derechos a los consumidores, por lo que resulta imprescindible el establecimiento de cauces adecuados para que estos puedan hacer valer los derechos reconocidos en la fase anterior.*
   Las Leyes pueden reconocer al consumidor un amplio elenco de derechos, pero la eficiencia de un Derecho protector de los consumidores se va a medir, no por la perfección o equidad de sus normas, sino por la existencia de cauces sencillos, rápidos y gratuitos o de escaso coste a través de los cuales se puedan hacer exigibles sus derechos cuando estos no hayan sido respetados adecuadamente"

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 184 13/03/2017 09:43:44

(http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV30L0-20151501&lang=es, consultado el 3 de mayo de 2016).

5. DOCE C 2000/364/01, de 18 de diciembre de 2000.
6. Con este objetivo y en relación con los conflictos transfronterizos, el Reglamento n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, suprimió el requisito intermedio del "exequátur" para que las resoluciones judiciales ejecutorias en asuntos civiles y mercantiles en un Estado miembro tengan fuerza ejecutiva en otro Estado de la UE.
7. Como señala Espín Alba, Isabel, "Arbitraje y mediación de consumo: A propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2160, noviembre 2013, p. 2, "aunque la referencia constitucional a los mecanismos de *ADR* (*Alternative Dispute Resolution)* no sea expresa, no se puede desconocer que la construcción de un sistema eficaz de resolución extrajudicial de conflictos permite ampliar las posibilidades de salvaguarda de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios a través de procedimientos eficaces".
8. En el Considerando 5 de la Directiva 2013/11/UE se dice: *"Los consumidores y los comerciantes siguen sin conocer las vías de recurso extrajudicial, ya que solo un pequeño porcentaje de ciudadanos sabe cómo presentar una reclamación ante una entidad de resolución alternativa de litigios ('entidad de resolución alternativa'). En los casos en que existen procedimientos de resolución alternativa de litigios ('procedimientos de resolución alternativa'), sus niveles de calidad varían de forma considerable entre los Estados miembros, y con frecuencia las entidades de resolución alternativa no tramitan de forma eficaz los litigios transfronterizos"*.
9. Consultada en el Boletín de Información Estadística, n. 38, diciembre 2014 del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en el informe sobre "La percepción de los ciudadanos sobre la Administración de Justicia". En este documento el CGPJ acaba concluyendo: "Las encuestas de opinión dirigidas al conjunto de la población muestran que el funcionamiento de la Administración de Justicia es un elemento de preocupación para la población española. También se observa que la opinión sobre su funcionamiento no es especialmente favorable y, como muestra el Eurobarometro, es peor que la que tienen respectos a sus sistemas judiciales los ciudadanos de otros países de la Unión Europea. En cualquier caso hay que señalar que ambos estudios recogen la opinión de la población general y no la de los usuarios de la administración de justicia."
10. En el Curso de Verano sobre "Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor", celebrado en Cuenca los días 2 y 3 de julio de 2015 (Acta publicada en: Mendoza Losada, Ana Isabel y García Montoro, Lourdes, Acta del Curso de Verano sobre "Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 14/2015, p. 43-63), Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho civil y Director de

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 185 13/03/2017 09:43:44

CESCO afirmó que el sistema arbitral de consumo ha fracasado en España no por motivos jurídicos, sino por falta de fondos. Añadió que el fracaso se intenta paliar potenciando otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, pero – se preguntaba – ¿puede la mediación sustituir al sistema arbitral de consumo? Y, de ser así, ¿quién lo va a pagar?

11. La expresión "alternativa a la alternativa" ha hecho cierta fortuna entre la doctrina. La utilizan, entre otros, Ordeñana Gezuraga, Ixusko, "La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa", *Diario La Ley*, núm. 7420, 2010, p. 1 a 24, o Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 4, con cita de la anterior.
12. DOUE L 165/63, de 18 de junio de 2013.
13. DOUE L 165/1, de 18 de junio de 2013.
14. COM (93) 576 final.
15. COM (96) 13 final.
16. COM (1998) 198 final.
17. DOCE L 115 de 17 de abril de 1998.
18. DO L 109 de 19 de abril de 2001.
19. COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002. En el Libro Verde ya se destacaron tres motivos que justificaban el interés renovado por los ADR en la Unión Europea: *"En primer lugar, se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello. En segundo lugar, las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo. Por último, las ADR representan una prioridad política – confirmada en varias ocasiones – para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad"*.
20. Resolución del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo (DO C 155, de 6 de junio de 2000).
    Puede encontrarse información ulterior sobre este instrumento en López Sánchez, Javier, *op. cit.*, p. 4-6.
21. En el *Informe de Propuesta Normativa sobre el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo*, de 14 de mayo de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (IPN/CNMC/009/15), consultado en la página institucional de la CNMC, http://www.cnmc.es, puede leerse: "En la Unión Europea hay en la actualidad unos 750 sistemas de ADR. Son muy diferentes entre sí en cuanto a su organización y características: los hay autocompositivos (mediación), heterocompositivos (arbitraje), unipersonales, colegiados, financiados con cargo a recursos públicos, privadamente o de manera combinada, sectoriales y generales, online y presenciales…La mayor parte de estos sistemas son prácticamente gratuitos para el consumidor, con tarifas que normalmente no llegan a los 50 euros, y su plazo de resolución no suele superar los 90 días. Las decisiones adoptadas son, a veces, vinculantes, otras veces vinculantes sólo para el empresario y en ocasiones meras recomendaciones" (p.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 186 13/03/2017 09:43:44

5). Y más adelante, tras reconocer que la Comisión Europea ha fomentado en las últimas décadas los ADR en materia de consumo como una forma eficaz de garantizar a los consumidores el acceso a la justicia, afirma que "persisten notables disparidades en términos de cobertura, calidad y conocimiento de la resolución alternativa de litigios en los distintos Estados miembros, que constituyen un obstáculo para el mercado interior y que han determinado, entre otras razones, la adopción de la Directiva 2013/11/UE y del Reglamento (UE) n. 524/2013".

Sobre la heterogeneidad de los mecanismos de ADR en litigios de consumo que funcionan en los distintos Estados Miembros, puede atenderse, con mayor detalle, a las reflexiones de Cortés, Pablo, "Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo", *InDret*, 4/2015, p. 1-34.

En general, para un análisis de los diferentes mecanismos de ADR que funcionan en la Unión Europea, puede consultarse: Alleweldt, Frank, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report to DG SANCO. Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 2009, http://www.civic-consulting.de/reports/adr_study.pdf.

22. El artículo 31 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios señalaba: *"el gobierno establecerá un sistema arbitral que sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución*". En cumplimiento de ese mandato se aprobó el Real Decreto 636/93, de 3 de mayo por el que se regulaba el Sistema Arbitral de Consumo (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1993), derogado por el vigente Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008).
23. BOE núm. 162 de 7 de Julio de 2012.
24. DOGC núm. 5677 de 23 de Julio de 2010 y BOE núm. 196 de 13 de Agosto de 2010. La Ley 22/2010 fue modificada por Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo (DOGC núm. 6780 de 31 de Diciembre de 2014 y BOE núm. 18 de 21 de Enero de 2015).
25. DOUE L 136/3, de 24 de mayo de 2008.
26. García Villaluenga, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo, "La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo", *Política y Sociedad*, 2013, 50, núm. 1, p. 83, escriben: "Es evidente que en el proceso judicial se atiende más al pasado y a las pruebas sobre los hechos que han conducido al pleito, mientras que en la mediación se atiende al futuro de las relaciones de las partes para facilitarlas. En efecto, la mediación se muestra especialmente idónea en aquellos

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 187 13/03/2017 09:43:44

casos en los que las partes necesariamente tienen que relacionarse en el futuro (V. gr. relaciones familiares o vecinales) o en las que las relaciones futuras son convenientes para ambos (relaciones comerciales provechosas)".

27. En mi opinión puede ser muy conveniente que la ley permita al Juez o al órgano arbitral derivar a las partes en litigio a una sesión informativa sobre mediación, de asistencia obligatoria, cuando aquellos consideren que la mediación puede resultar beneficiosa en el caso concreto. De este modo se paliaría uno de los inconvenientes que afectan a la mediación en España en la actualidad: el desconocimiento que suelen tener los ciudadanos sobre la existencia y características de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. O incluso, en algunos casos, puede resultar adecuado que se establezca directamente por la norma la obligación de asistir a esta sesión informativa antes de iniciar otro tipo de procedimiento. Habría que analizar cuidadosamente en qué supuestos sería conveniente regular tal medida.

28. La Directiva 2013/11/UE presta especial atención al requisito de la imparcialidad en relación con todos los mecanismos de ADR, dedicándole los considerandos 32, 33, 34 y 35), que después encuentran el oportuno desarrollo en el articulado de la Directiva. De esta regulación cabe extraer las siguientes conclusiones. 1) La independencia e integridad de las entidades de resolución alternativa se vincula a la confianza de los consumidores en los mecanismos de ADR. 2) Se cuida que estas personas o entes no reciban presiones que puedan mermar su imparcialidad; incluyendo, en concreto, la exigencia de que sean nombradas por un plazo suficientemente largo. 3) Es importante, para preservar su independencia evitar relaciones personales o mercantiles con alguna de las partes, al menos durante los tres años anteriores a la asunción del cargo. 4) Se considera con especiales cautelas el caso en que aquellas personas estén contratadas o reciban retribución del comerciante: en tal supuesto las personas encargadas de la resolución alternativa de litigios deben contar con un presupuesto independiente y específico suficiente para cumplir sus funciones. Sea como sea, en la regulación abundan los conceptos indeterminados que si no son desarrollados con mayor concreción en las normas de transposición, exigirán una cuidadosa labor por parte de los intérpretes y aplicadores del Derecho.

29. García Montoro, Lourdes, "'Nuevo' modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales", Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha, 01/06/2015, https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/85.pdf, p. 3 señala: "Si tomamos en consideración el reciente Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo, su artículo 22 recoge las condiciones que debe reunir la persona que actúe como decisor en una entidad de ADR, entre las que se encuentra un conocimiento suficiente del Derecho, especialmente en materia de protección de los consumidores y usuarios, así como experiencia en la resolución alternativa o judicial de conflictos de consumidores (además de los clásicos requisitos de

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 188 13/03/2017 09:43:44

independencia, imparcialidad, confidencialidad, etc.). Ello difiere en gran medida de los requisitos exigibles al mediador civil y mercantil previstos en los artículos 3 a 7 del RD 980/2013, que deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación, requisito que se entenderá cumplido si el mediador tiene una formación mínima de 100 horas de docencia efectiva.

El hecho de que se requiera que el decisor en una entidad de ADR cuente con un conocimiento (que no con un título) suficiente del Derecho y tenga experiencia en la resolución de conflictos de consumidores implica que la persona que se encargue de decidir sobre el conflicto deberá haber trabajado antes en éste ámbito, concepto en el que podrían entenderse comprendidos los actuales gestores de OMIC, dadas las funciones de mediación que llevaban a cabo hasta ahora y el conocimiento del derecho de consumo como consecuencia de su práctica al frente de la OMIC.

Sin embargo, para que la OMIC pudiera seguir realizando mediación, en términos del Anteproyecto, sería necesario que obtuviera la acreditación como entidad de ADR en el sentido de los artículos 27 y siguientes de este texto, con lo que parece que los gestores OMIC podrían perder su función mediadora en favor de los nuevos decisores de entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo acreditadas".

30. El Considerando 36 señala: *"(36) Es esencial para el éxito de la resolución alternativa de litigios, en particular para garantizar la confianza necesaria en sus procedimientos, que las personas físicas encargadas de tal resolución posean los conocimientos especializados necesarios, incluida una comprensión general del Derecho. En particular, dichas personas deben poseer un conocimiento general suficiente en el ámbito jurídico que les permita comprender las implicaciones jurídicas del litigio, sin que tengan la obligación de ser profesio nales cualificados del Derecho."*
31. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.
32. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.
33. Sobre el alcance del deber de confidencialidad puede verse, con mayor detalle: Mas Badia, María Dolores, "*Mediació familiar i confidencialitat. Comentari de la sentència del Tribunal Suprem núm. 109/2011, de 2 de març*", *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre 2011, p. 1-8, http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semestre-2011/item/92-mediacio-familiar-i-confidencialitat-comentari-de-la-sentencia-del-tribunal-suprem-num-109-2011-de-2-de-marc
34. La Ley define su ámbito de aplicación mediante una regla general que matiza, de forma expresa, con algunas excepciones.

    La regla general se contiene en el art. 2.1: *"Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español"*. Las

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 189 13/03/2017 09:43:44

excepciones, en el número 2 que declara que quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley, entre otros supuestos, *"la mediación en materia de consumo"* (apartado d).

35. La prescripción contenida en el considerando undécimo de la Directiva 2008/52/CE se reflejó en el Proyecto de Ley que, tras su aprobación, se convertiría en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Que no se trata de una cuestión pacífica quedó de relieve en la enmienda número 1, planteada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, que proponía la supresión de la letra d) del art. 2.2 (aquella que excluye la aplicación de la LMACM a la mediación en materia de consumo). La enmienda se justificaba en los siguientes términos:

"Precisamente en materia de consumo abundan los conflictos, a menudo de escasa cuantía, para los que, además de las funciones que cumplen los organismos de protección al consumidor, es conveniente que se pueda acudir a esta vía de la mediación.

El principal avance que la inclusión de esta materia en el ámbito de la ley es el de conseguir que los acuerdos que se alcancen puedan tener la condición de títulos ejecutivos, con el consiguiente reforzamiento de los procedimientos de mediación en detrimento de los procedimientos judiciales contenciosos.

En materia de consumo abundan los conflictos de reducida cuantía, para los que es deseable la mediación como método extrajudicial, rápido y flexible de solución de conflictos.

Ha de considerarse también, como argumento favorable a la inclusión de esta materia, la inclusión de los conflictos sobre consumo en el ámbito civil, básicamente." (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 6-7, de 24/05/2012).

Posteriormente, en el Informe de la Ponencia, se propuso, respecto de la citada enmienda, una transacción consistente en que la letra d) del apartado 2 del artículo 2 quedará redactada como sigue: "d) Las reclamaciones de consumo tramitadas en el Sistema Arbitral de Consumo." (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 6-8, de 06/06/2012).

La enmienda no prosperó.

36. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece en su considerando 11: *"La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional, como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto"*.

Cortés entiende que "la Directiva no excluye reclamaciones de los consumidores como tal; sino solo aquellas que sean de carácter cuasi jurisdiccional. Dicho de otro modo, está claro que la Directiva excluye procesos con elementos heterocompositivos, como son los defensores del cliente y aquellos relativos a

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 190 13/03/2017 09:43:44

procesos de reclamación internos de la empresa donde ésta decide unilateralmente si atiende a la reclamación o no.

Esta interpretación se ve reforzada también por la transposición de la Directiva sobre la mediación en los demás Estados miembros, que no han excluido a los temas de consumo, y el hecho de que la nueva Directiva RAL, aplicable exclusivamente en el sector de consumo, reconoce la superposición de ambas Directivas. Por ello, es apremiante que la exclusión del consumo en la ley española de mediación es inoportuna, y posiblemente se funda en una traducción e interpretación oportunista por parte del legislador español que ya había cedido competencias a las comunidades autónomas en este campo. Además debemos destacar que no parece lógico que la Ley de Arbitraje se aplique como supletoria a la regulación del arbitraje de consumo, y no pase lo mismo con la Ley de la Mediación" (Cortés, Pablo, "Un análisis …", *op. cit.*, p. 22).

37. Barona Vilar, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 128 señala: "Obviamente, como no podía ser de otra manera, las mediaciones que quedan excluidas de la aplicación de esta norma no lo están porque se prohíba ir a mediación en esos sectores del ordenamiento jurídico, dado que cada una de ellas tendrá, por su propia idiosincrasia, una regulación propia y específica de mediación". Esto es, precisamente, lo que sucede en materia de consumo aunque, en este caso la regulación no es específica sobre mediación, sino más genérica, sobre mecanismos de ADR.

Marín López, Jesús, "Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo", CESCO, https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf, pone de relieve que cuando se comenzó a trabajar en una nueva normativa sobre el sistema arbitral de consumo (que finalmente cuajaría en el RD 231/2008), uno de los objetivos que se perseguía era precisamente regular la mediación de consumo. Y afirmaba ya en el año 2008, que "la práctica de las Juntas Arbitrales demuestra que son muchos las reclamaciones de los consumidores que se resuelven a través de la mediación" (*op. cit.*, p. 20).

Podríamos añadir que en diferentes ámbitos del Derecho de consumo existe remisión a los mecanismos de ADR, entre ellos, la mediación de consumo. Baste como ejemplo el art. 35 de la Ley de Crédito al Consumo en relación con los conflictos entre el consumidor y el prestamista o intermediario de crédito.

Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 21, añade el caso del artículo 20 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; el artículo 16 de la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; o el artículo 32 y disposición adicional tercera de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Y los contextualiza de modo general, desde mi punto de vista, con acierto: "en su condición de instrumento de tutela del consumidor –dice–, la remisión a la

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 191 13/03/2017 09:43:44

legislación relativa al arbitraje de consumo y otras vías extrajudiciales es una norma presente en toda iniciativa legislativa que pretende ser protectora de los derechos de los consumidores".

A lo anterior hay que añadir cómo numerosas leyes autonómicas, comenzando por los Estatutos de Autonomía de nueva generación contemplan como mecanismo alternativo de resolución de conflictos de consumo la mediación. No es exagerado hablar de una tendencia generalizada en este sentido.

38. Barona Vilar, Silvia, *op. cit.*, p. 128 entiende que no puede hablarse de una exclusión total y absoluta de la norma en materia de mediación civil y mercantil a otros sectores. "Más bien, si las partes quieren, o si el legislador en el futuro así lo considera, estamos ante lo que podría considerarse como la norma común o general en mediación y, por ello, y con las correspondientes salvedades, es una norma que podría tener una aplicación siempre supletoria en otros tipos de mediación en asuntos no civiles ni mercantiles".
39. Entre otros, Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 4.
40. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 7. Añade esta autora que "la experiencia normativa parece optar abiertamente por el arbitraje frente a la mediación, como por ejemplo la ley gallega de protección de consumidores (Ley 5/2012) que afirma en su Exposición de Motivos que 'respecto a las vías extrajudiciales de resolución de conflictos, la presente ley opta de forma decidida por el arbitraje'", aunque a continuación la misma Exposición de Motivos añade: "Todo ello sin olvidar la mediación como sistema de resolución de las reclamaciones de los consumidores, considerando la formación en materia de mediación como el canal más apropiado para conseguir que en toda la comunidad autónoma se extienda una red de mediadores en materia de consumo".
41. BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.
42. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.
43. Quedan excluidos del arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o en que existan indicios racionales de delito (art. 57.1 LGDCU). La exclusión alcanza a la responsabilidad civil por daños y perjuicios directamente derivados de estos hechos (art. 2.2 RDAC). Estas mismas exclusiones debe entenderse que afectan a la mediación de consumo, no solo intra, sino también extra arbitral. Los propios principios de la mediación así lo avalan.
44. Como escribe Marín López, Jesús, *op. cit.*, p. 21, "Se permite, por tanto, el arbitraje de consumo como vía de tutela de lo que el art. 11.2 LEC denomina 'intereses colectivos', que se caracterizan por el hecho de que los sujetos perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores perfectamente determinado o de fácil determinación. No cabe el arbitraje de consumo, sin embargo, para proteger los 'intereses difusos' (art. 11.3 LEC), en el que los perjudicados son una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación".
45. En este sentido, señala Marín López, Jesús, *op. cit.*, p. 23: "En definitiva, el arbitraje de consumo colectivo es un mecanismo para resolver, en un mismo procedimiento arbitral, las reclamaciones individuales de varios consumidores.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 192 13/03/2017 09:43:44

No se tutelan, por tanto, los daños colectivos de los consumidores. Tampoco sirve para obtener una reparación de los daños individualmente sufridos por los miembros de una colectividad (determinada o determinable) de consumidores. Pues sólo el consumidor que se persone podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable".

46. Ofrece un panorama resumido de la regulación de la mediación de consumo en el ámbito autonómico (regulación en leyes autonómicas especiales en materia de protección del consumidor y referencias contenidas en los Estatutos de Autonomía de nueva generación), Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 5: Aragón, Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y usuarios; Andalucía, Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Consumidores y Usuarios; Asturias, Ley 11/2002, de Consumidores y Usuarios de Asturias; Baleares, Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Baleares; Canarias, Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Canarias; Cantabria, Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los consumidores y Usuarios de Cantabria; Cataluña, Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña; Castilla la Mancha, Ley 11/2005, de 15 de diciembre que aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla la Mancha; Galicia, Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias; Madrid, Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid 27; Navarra, Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y usuarios; País Vasco, Ley 6/2003, de 22 de diciembre del Estatuto de las personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco; Valencia, Ley 1/2011, de 22 de marzo por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana.
47. Consultado el 3 de mayo de 2016 en http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV30L0-20151501&lang=es
48. Así puede constatarse en el Considerando 21 de la Directiva, que establece: *"Los procedimientos de resolución alternativa son muy variados, tanto en la Unión como en el interior de los Estados miembros. Pueden adoptar la forma de procedimientos en los que la entidad de resolución alternativa reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa, de procedimientos en los que dicha entidad propone una solución, o de procedimientos en los que impone una solución. También pueden adoptar la forma de una combinación de dos o más de estos procedimientos. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la forma que revistan los procedimientos de resolución alternativa en los Estados miembros*". En tal sentido, escribe García Montoro, Lourdes, *op. cit.*, p. 1: "no regula ningún procedimiento de resolución alternativa de conflictos en particular, sino que opta por un sistema abierto en el que diferentes metodologías son posibles si las entidades que las llevan a cabo cumplen con los requisitos de acreditación".
49. El enlace a la plataforma es el siguiente: http://ec.europa.eu/consumers/odr/
50. Sobre los mecanismos ODR, véase AA.VV., *Estudios sobre justicia online*, Vázquez de Castro, Eduardo (dir.), Comares, Granada, 2014; y Vilalta Vinuesa,

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 193 13/03/2017 09:43:44

Esther, *Mediación y arbitraje electrónicos*, Aranzadi, Pamplona, 2013; y, con especial referencia a los conflictos de consumo, Barral Viñas, Immaculada, "Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, *small claims* y plataformas interactivas", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 34, 2014, p. 43-65; Suquet Capdevila, Josep, "Mediación de consumo y tecnologías", n. 10, *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, 2014, p. 26-284; y Vázquez de Castro, Eduardo, "Resolución de litigios 'en línea' en materia de consumo. Marco normativo europeo y adaptación del sistema arbitral de consumo", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 32, 2013, p. 99-129.

51. Señala, Barral Viñas, Immaculada, "Consumidores, online dispute resolution y reclamaciones de pequeña cuantía", *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, n. 10, 2014, p. 401, que "la mediación automática no es una mediación ya que las partes tratan directamente entre ellas, sin la existencia de un tercero neutral –mediador por hipótesis–". Como negociación entre consumidor y empresario queda fuera de la DADR. Si el mecanismo, además, es gestionado por el propio empresario, esto determina otro motivo de exclusión.
52. Barral Viñas, Immaculada, "La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR", *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. http://www.uoc.edu/symposia/adr/ [artículo en línea], p. 9-10, resume el funcionamiento de estos sistemas: "Su ámbito es especialmente el de las reclamaciones monetarias donde no se discute más que la cantidad de la compensación que el consumidor debe recibir. Se trata de ofrecer el software necesario para que las partes realicen ofertas de acuerdo sobre la cantidad sin que conozcan las de la otra parte en conflicto; cuando las ofertas de ambas llegan a una determinada relación porcentual, se establece el acuerdo de forma automática en la cantidad media de ambas. Como puede imaginarse, este sistema es tremendamente ágil y muy poco costoso, aunque la falta de intervención humana puede perjudicar la bondad de ciertas decisiones. Supone el máximo exponente de conexión entre las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos en red".
53. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.
54. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002. Reflexiona sobre el estado de la cuestión en el momento de promulgarse aquella norma López Sánchez, Javier, "Comercio electrónico y 'Acceso de los consumidores a la Justicia'", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 571, 2003, p. 1-10.
    Por su parte, el art. 18 de la LSSICE se refiere a la extensión de los Códigos de conducta a los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información. En su elaboración habrá de garantizarse la participación, entre otros grupos de interés, de las asociaciones de consumidores.
55. Sobre este tipo de problemas, véase Barral Viñas, "La mediación y el arbitraje de consumo …", *op. cit.*, p. 9.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 194 13/03/2017 09:43:44

56. http://www.ecodir.org.
57. BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008. Este Real Decreto, que intenta corregir las disfunciones del derogado RD 636/1993, hace un recorrido, en su preámbulo por los antecedentes que dieron lugar a su promulgación: *"El artículo 51 de la Constitución insta a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, su seguridad, salud y sus legítimos intereses económicos.*
La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el artículo 31 preveía que el Gobierno debía establecer, previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios.
Por Real Decreto 636/1993, de 3 mayo, se procedió a la regulación del Sistema Arbitral de Consumo.
La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, prevé en su disposición final sexta que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno, contando con el parecer de las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo, regulando también el arbitraje virtual.
Asimismo, la disposición final sexta establece que reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas Arbitrales territoriales sobre la admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje, y los supuestos en los que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.
Tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, estas previsiones y el régimen legal general del arbitraje de consumo se recogen en sus artículos 57 y 58.
Igualmente, es necesario adecuar la regulación del Sistema Arbitral de Consumo a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
En este marco jurídico, este reglamento mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo, introduciendo las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas o profesionales y consumidores o usuarios, asegurando el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos que, como tal, es de carácter voluntario".
Puede verse un análisis del RD 231/2008 en: Marín López, Jesús, *op.cit.*
58. Se muestra contrario a la introducción de la mediación en el arbitraje de consumo, con términos incluso sarcásticos, Lorca Navarrete, Antonio María, *La nueva regulación del arbitraje de consumo*, San Sebastián, 2008, p. 75.
59. Explica esta aseveración Marín López, "Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad*

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 195 13/03/2017 09:43:45

Autónoma de Madrid, 2007, n. 11, p. 20: "En efecto, las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo". En nota 19, añade: "De hecho, alguno de los recientes Estatutos de Autonomía se atribuye la competencia exclusiva sobre "la regulación de los procedimientos de mediación". Por ejemplo, el art. 30.47 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (aprobado por LO 1/2007, de 28 de febrero), el art. 58.2.4º del Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo), y el art. 71.26ª del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril). Y así se ha reflejado también en los Estatutos del Consumidor o leyes autonómicas de protección del consumidor.

60. En este sentido, Espín, *op. cit.*, p. 7.
61. Marín López, Jesús, "Análisis …", *op. cit.*, p. 21, se pregunta si la mediación se concibe como una fase previa al procedimiento arbitral o se incardina en el mismo, respondiendo que "El RDAC opta claramente por esta segunda tesis. Así se deduce no sólo de la rúbrica del art. 38 ("mediación en el procedimiento arbitral"), sino de los arts. 37.3 y 49.1.I RDAC. El primero porque exige que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral conste expresamente "la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación"; por la tanto, la mediación puede producirse –si es que se produce- después de iniciado el procedimiento arbitral. Y el segundo porque obliga a suspender el cómputo del plazo para dictar el laudo (seis meses, contados desde el inicio del procedimiento arbitral) si se intenta la mediación previa, aunque la suspensión será por un período no superior a un mes desde el acuerdo de inicio del procedimiento arbitral". En contra, Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, p. 8, considera que la mediación es una actuación llevada a cabo por las Juntas Arbitrales antes de iniciar el procedimiento arbitral, un paso previo, a diferencia de la conciliación, que tiene lugar dentro del referido procedimiento.
62. Esta misma opinión mantiene Barral Viñas, Immaculada, *op. cit.*, p. 4, que, con referencia al RD 231/2008 afirma: "la mediación se prevé como una primera fase del proceso (arts. 37 y 38); pero con suficiente independencia conceptual, y capaz de imponer el acuerdo de las partes en cualquier momento del proceso antes de la emisión del laudo".
63. Pueden verse algunos datos estadísticos en: http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=1&id=76

Referencias

AA.VV., *Estudios sobre justicia online*, Vázquez de Castro, Eduardo (dir.), Comares, Granada, 2014.

Aguilar Olivares, Yolanda, "Un paso más hacia el consumidor europeo: la nueva regulación de los ADR de consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 14/2015, p. 36-42.

Alleweldt, Frank, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report to DG SANCO. Submitted by Civic Consulting of the Consumer*

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 196 13/03/2017 09:43:45

Policy Evaluation Consortium (CPEC), 2009, http://www.civic-consulting.de/reports/adr_study.pdf.

Barona Vilar, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

Barral Viñas, Immaculada, "Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, small claims y plataformas interactivas", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 34, 2014, p. 43-65.

Barral Viñas, Immaculada, "Consumidores, online dispute resolution y reclamaciones de pequeña cuantía", *Democracia Digital e governo Eletrônico*, n. 10, 2014, p. 394-415.

Barral Viñas, Immaculada, "La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR", *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. http://www.uoc.edu/symposia/adr/ [artículo en línea], p. 1-12.

Blanco Carrasco, Marta, "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009, pp. 129-152.

Cortés, Pablo, "Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo", *InDret*, 4/2015, p. 1-34.

Espín Alba, Isabel, "Arbitraje y mediación de consumo: A propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2160, noviembre 2013.

García Montoro, Lourdes, "'Nuevo' modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales", Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha, 01/06/2015, https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/85.pdf

García Villaluenga, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo, "La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo", *Política y Sociedad*, 2013, 50, núm. 1.

Informe de Propuesta Normativa sobre el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo, de 14 de mayo de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (IPN/CNMC/009/15), consultado en la página institucional de la CNMC, http://www.cnmc.es

La percepción de los ciudadanos sobre la Administración de Justicia, Boletín de Información Estadística, n. 38, diciembre 2014 del Consejo General del Poder Judicial.

López Sánchez, Javier, "Comercio electrónico y 'Acceso de los consumidores a la Justicia'", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 571, 2003, p. 1-10.

Lorca Navarrete, Antonio María, *La nueva regulación del arbitraje de consumo*, San Sebastián, 2008.

REVISTA LUSO # 25 - Março 2017 - ALTERAÇÃO PÁGS. 7 E 9.indd 197 13/03/2017 09:43:45