

Anuario

2019-2020

NÚMERO 7

DE MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO

DIRECTORES

CARMEN FERNÁNDEZ CANALES

SECRETARIA

Editorial:

**COMPLIANCE Y MEDIACIÓN: GENERANDO SINERGIAS
ENTRE DOS INSTITUCIONES EN AUGE**

Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro

**LA CONFIANZA COMO VALOR INTANGIBLE DE LA MEDIACIÓN VS LA DESCONFIANZA
EN LOS SISTEMAS DE PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA**

Francisco Gorjón-Gómez y Jazmín Flores-Montes

**LA MEDIACIÓN EN LA BÚSQUEDA DE LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS
DEL HIJO ADOPTADO**

Laura Fernández Echegaray

LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO

Marta Blanco Carrasco

**TRABAJO SOCIAL Y MEDIACIÓN COMUNITARIA:
PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS**

Hermínia Júlia de Castro Fernandes Gonçalves

LA EUTANASIA: OTRA OPORTUNIDAD PARA LA MEDIACIÓN

Yvette Velarde D'Amil

CRÓNICAS DE ACTUALIDAD

Coordinadores: Javier Plaza Penadés y Raquel Guillén Catalán

PRACTICUM

Coordinadora:

Cristina Merino Ortiz

**ESPECIAL EXPERIENCIAS: "La protección jurídica de los métodos alternativos de
solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano. Realidad y deseos"**

Niurka Fournier Duharte, Idarmis Knight Soto y Marla Iris Delgado Knight

REUS
EDITORIAL

ANUARIO DE MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS 2019

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO
Directores

CARMEN FERNÁNDEZ CANALES
Secretaria

CRÓNICAS DE ACTUALIDAD

Coordinadores:

Raquel Guillén Catalán
Javier Plaza Penadés

PRACTICUM

Coordinadora:

Cristina Merino Ortiz

Madrid, 2020



REUS
EDITORIAL



PREMIADO por la AMMI, 2015, como la mejor publicación del año en Mediación.
Premio de ámbito nacional.
INCLUIDO en el índice de revistas del CSIC.
INCLUIDO en el catálogo de LATINDEX, V-1.0.
INCLUIDO EN DIALNET.
INCLUIDO EN DULCINEA.
INCLUIDO EN MIAR.
INCLUIDO EN REBIUN.
VISIBLE en GOOGLE ACADÉMICO.

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

EDITA: EDITORIAL REUS, S.A., 2020
ISSN: 2340-9681
Depósito Legal: M 35591-2013
Diseño de portada: Editorial Reus, S.A.
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

ÍNDICE

<i>Editorial. Compliance</i> y Mediación: generando sinergias entre dos instituciones en auge, LETICIA GARCÍA VILLALUENGA y EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO	21
La confianza como valor intangible de la mediación vs la desconfianza en los sistemas de procuración e impartición de justicia, FRANCISCO GORJÓN-GÓMEZ Y JAZMÍN FLORES-MONTES	31
La mediación en la búsqueda de los orígenes biológicos del hijo adoptado, LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY	47
La mediación en conflictos de consumo, MARTA BLANCO CARRASCO.	67
Trabajo social y mediación comunitaria: perspectivas contemporáneas, HERMÍNIA JÚLIA DE CASTRO FERNANDES GONÇALVES	91
La eutanasia: otra oportunidad para la mediación, YVETTE VELARDE D'AMIL	109
Crónicas de Actualidad, RAQUEL GUILLÉN CATALÁN y JAVIER PLAZA PENADÉS (Coords.)	141
— Legislación, MARTA BLANCO CARRASCO y ARAYA-ALICIA ESTANCONA PÉREZ (Coords.)	141
— Jurisprudencia, SILVIA TAMAYO HAYA (Coord.)	144
— Noticias, DIANA MARCOS FRANCISCO (Coord.)	174
— Bibliografía, AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coord.)	188
Practicum, CRISTINA MERINO ORTIZ	189
Especial experiencias: “La protección jurídica de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano. Realidad y deseos”, NIURKA FOURNIER DUHARTE, IDARMIS KNIGHT SOTO Y MARLA IRIS DELGADO KNIGHT	195

LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO

MARTA BLANCO CARRASCO

Profesora Contratada doctora del Departamento de Derecho Civil
de la Facultad de Trabajo Social
Universidad Complutense de Madrid
martablanca@pdi.ucm.es

Resumen: *La mediación como sistema alternativo de resolución de disputas (ADR) en el ámbito del consumo es una práctica extendida en nuestro país, tanto en el sector público como en el privado. El panorama legislativo de la mediación en los últimos años ha cambiado mucho, sobre todo en Europa, donde se ha aprobado normativa específica sobre mediación en este sector. En España, aunque se han hecho importantes avances, aún queda un camino por recorrer. En este artículo se hará en primer lugar un repaso al marco normativo europeo y nacional que regula este ADR para pasar a analizar algunas características especiales de la mediación desarrollada en este ámbito, así como algunos elementos para la reflexión que deberían ser tenidos en cuenta por una futura regulación.*

Palabras clave: *ADR, ODR, mediación, arbitraje, consumidores.*

Mediation in consumer disputes

Abstract: *Mediation as an alternative dispute resolution system in the field of consumption is a widespread practice in our country, both in the public and private sectors. The legislative framework of mediation has deeply changed in recent years, especially in Europe, where specific mediation regulations have been approved in this sector. In Spain, however, substantial progress needs still to be made. This article will first review the European and national regulatory framework governing this ADR, to secondly analyse*

some special features of mediation developed in this area as well as some elements for reflection that should be taken into account by future regulation.

Keywords: ADR, ODR, mediation, arbitration, consumers.

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Marco jurídico de la mediación en conflictos de consumo. 2.1- Normativa europea. 2.2.- Marco jurídico español. 3.- La mediación y su relación con el sistema arbitral de consumo. 4.- Elementos para el debate futuro. 4.1.- El proceso de mediación. 4.2.- ¿Quién es el mediador? 4.3.- Mediación evaluativa versus mediación facilitadora. 4.4.- Mediación obligatoria. 4.5.- Mediación de consumo por medios telemáticos. 5.- Bibliografía.

Summary: 1.- Introduction. 2.- Legal framework for mediation in consumer disputes. 2.1- European regulation. 2.2.- Spanish legal framework. 3.- Mediation and its relationship with consumer arbitration system. 4. Elements for future debate. 4.1.- Mediation process. 4.2.- Who is the mediator? 4.3.- Evaluative mediation versus facilitative mediation. 4.4.- Compulsory mediation. 4.5.- On-line mediation for consumer disputes. 5.- Bibliography.

1. INTRODUCCIÓN

Han sido muchos los conceptos utilizados para referirnos a todos aquellos mecanismos que permiten obtener la resolución de un conflicto al margen de la vía jurisdiccional. El más extendido es el de Sistemas Alternativos de Resolución de conflictos, también conocidos con las siglas anglosajonas ADR (Alternative Dispute Resolution). Entre ellos la mediación ha ganado terreno en la resolución de conflictos en el ámbito familiar pero también, desde hace unos años, en el ámbito de los conflictos de consumo.

En este sector estos ADR se han demandado y se vienen desarrollando como uno de los *mecanismos que permiten mejorar el acceso a la justicia a los consumidores*. Por ello se encuadran, paradójicamente, dentro del llamado Derecho de acceso a la justicia. Este derecho se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios de iniciativas legislativas y actividades europeas en el marco de protección del ciudadano dado que toda legislación procesal se basa en la necesidad de que a todo derecho le debe corresponder una acción destinada a

su reconocimiento en juicio, para evitar los perjuicios que tienen la autodefensa o sistemas autocompositivos. Su importancia viene determinada fundamentalmente por la constatación de que una adecuada protección del ciudadano no consiste exclusivamente en un reconocimiento exhaustivo de una gran variedad de derechos subjetivos, sino, en gran medida, de que ese reconocimiento sea efectivo. Es decir, se trata de que no solo que existan vías de recurso que permitan al consumidor defender cualquiera de los derechos que tenga reconocido, sino de que estas vías sean conocidas por los consumidores y adecuadas, permitiendo alcanzar el objetivo que pretenden cumplir.

En este contexto la mediación se concibe como un procedimiento voluntario de resolución extrajudicial de conflictos mediante el cual las personas consumidoras y los empresarios o empresarias promueven la obtención de una solución consensuada a un conflicto, con la intervención de una persona mediadora formada en mediación que actúa de manera imparcial, experta y neutral (art. 2.1 del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo¹).

Desde el primer estudio que realicé sobre la materia, en el año 2005² hasta ahora el panorama legislativo de la mediación en este sector ha cambiado mucho y sin embargo aún existen algunas dudas, como por ejemplo en relación al alcance de la función del mediador y su incardinación dentro del sistema arbitral de consumo. En este artículo se hará en primer lugar un repaso al marco normativo europeo y nacional que regula este ADR para pasar a analizar algunas de las características que hacen de esta mediación especial frente a la desarrollada en otros ámbitos.

2. MARCO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO

2.1 Normativa europea

El interés de Unión Europea por la gestión alternativa de conflictos de consumo se puede remontar a finales de los años 90, pero en la actualidad son tres las normas fundamentales que nos ayudan a situarnos en la materia desde el punto de vista del Derecho europeo.

¹ DOGC núm. 6661 de 10 de Julio de 2014.

² BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y Consumidores*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2005.

La primera es la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*³. Esta norma excluía los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (art. 2.2). Junto a estos ámbitos la norma afirma que existen materias a las que tampoco podrá aplicarse la Directiva, como “*los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto*” (considerando 11). Vamos a ver que en su transposición al sistema español finalmente ha incorporado los conflictos de consumo dentro de su ámbito de aplicación.

La segunda es la *Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2012 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*⁴, con la que se pretende no solo ofrecer cierta luz ante la variedad y diversidad de sistemas posibles, sino también favorecer la confianza en el comercio electrónico, puesto que muchos de los contratos de consumo internacionales se desarrollan ahora a través de internet. Su principal objetivo es incrementar la cobertura de países con ADR de consumo, por lo que exige la existencia de entidades de ADR que puedan resolver todo tipo de conflictos de consumo a excepción de las reclamaciones a servicios sanitarios y a proveedores de enseñanza pública superior. El segundo objetivo sería incrementar la visibilidad y el conocimiento de las entidades de ADR, estableciendo el deber de información por la empresa al consumidor de las ADR y ODR⁵. Este deber se desglosa, según CORTÉS⁶, en un deber anterior a la formalización del contrato y un deber de informar una vez que la reclamación de consumo ha sido conocida y resuelta por el empresario. Por último, se pretende garantizar que los consumidores puedan presentar sus reclamaciones ante sistemas alternativos de resolución de conflictos que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos (art. 1).

³ DOUEL núm. 136 de 24 de mayo de 2008.

⁴ Diario Oficial de la Unión Europea L 165/63.

⁵ Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos Online o en línea (Online Dispute Resolution).

⁶ CORTÉS, P., “Análisis de la implementación del régimen europeo sobre las reclamaciones de consumo y recomendaciones para su transposición en España”, en *La resolución de conflictos con consumidores: de la Mediación a las ODR*. I. Barral Viñas, Reus, Madrid, 2018, pp. 15-35. Según el autor este deber se desglosa en un deber anterior a la formalización del contrato, y un deber de informar una vez que la reclamación de consumo ha sido conocida y resuelta por el empresario. Para la fase previa de interposición de la reclamación ante el empresario ver ÁLVAREZ MORENO, M.T. “Los Servicios de Atención al Cliente como posible mecanismo de ADR en litigios de consumo” en *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR* (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n.º 524/2013), DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.), Reus, Madrid, 2017 pp. 257-287.

Se distinguen en la norma dos tipos de procedimientos, aquellos que tienen por objeto proponer una solución para resolver el conflicto con una solución no vinculante que las partes podrán aceptar o rechazar libremente (art. 9.2), y aquellos que tienen por objeto resolver el conflicto mediante una solución vinculante (art. 10.2). En relación a los primeros, la Directiva deja claro que las partes son libres de rechazar la solución propuesta y que la participación en este tipo de procedimientos no excluye la posibilidad de obtener reparación ante un órgano jurisdiccional. Con respecto a los segundos, es necesario que se informe previamente a las partes del carácter vinculante de la solución y que las partes lo hayan aceptado de manera expresa.

Esta normativa está destinada a aplicarse de manera horizontal a todo tipo de procedimientos de resolución alternativa “sin perjuicio de la Directiva 2008/52/CE sobre mediación”, puesto que entiende que debe poder aplicarse sin que exista colisión entre ambas regulaciones, aunque en caso de conflicto prevalecerá la Directiva del 2013. ÁLVAREZ MORENO afirma que “la Directiva parte de un diseño teórico, más preocupada por determinar el tipo de organismos de solución extrajudicial en los estados miembros, su composición y regulación, sus principios de actuación, así como la información que debe facilitarse; que en diseñar un modelo de arbitraje o mediación que implantar con carácter uniforme en la UE. Tal vez ello se deba a que la Directiva trata de aprovechar los sistemas previamente existentes en cada Estado miembro, que oscilan entre la mediación y el arbitraje, según los casos”⁷.

La tercera norma que regula la mediación es el *Reglamento 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo*⁸, que esencialmente crea una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la Unión, facilitando un cauce de resolución extrajudicial de litigios de consumo. Su ámbito de aplicación se halla restringido a los litigios derivados de contratos de compraventa y prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la UE y un comerciante establecido en la UE, imponiéndose cuando el litigio se inicia por el comerciante la exigencia adicional de que el Estado miembro de la residencia habitual del consumidor admita en tales casos la resolución del litigio por esta vía (art. 2.1). Su capítulo II está dedicado a regular el establecimiento, configuración y puesta en marcha por la Comisión de la plataforma de resolución

⁷ ÁLVAREZ MORENO, M. T. “Aproximación a la normativa sobre mediación en litigios de consumo”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero de 2016, p. 6.

⁸ Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. *OJ L 165, 18.6.2013*, p. 1–12.

de litigios en línea, como una ventanilla única a disposición de quienes deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en su ámbito de aplicación.

2.2. Marco jurídico español

En España, la vía de acceso de la mediación al ámbito del consumo la encontramos en el artículo 51 de la Constitución, que establece 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”. Desde este reconocimiento constitucional, se han promulgado numerosas leyes en relación a la protección de los derechos e intereses de los consumidores, siendo realmente escasas las referencias a la mediación.

A **nivel nacional** destacan las dos leyes para la transposición de la normativa europea anteriormente citada relativa a los ADR y a la mediación y el artículo 38 del *Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*.

La *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁹, vino a trasponer la Directiva de 2008 relativa a la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La redacción inicial de esta ley excluía la mediación de consumo de su aplicación en el artículo 2.2, lo cual era muy llamativo, teniendo en cuenta la importancia creciente de este sistema en los años previos¹⁰. Esta situación se ha corregido¹¹ de forma que actualmente sí se puede aplicar la misma al ámbito de los conflictos de consumo. Sin embargo, compartimos con ESTEBAN DE LA ROSA que esta norma no puede ser contemplada como una panacea para la mediación de consumo, puesto que sus disposiciones no están pensadas para tener en cuenta las particularidades de la mediación en este ámbito. Por ello el autor aboga por una regulación específica de la mediación en el ámbito de

⁹ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

¹⁰ BLANCO CARRASCO, M. Artículo 2. Ámbito de aplicación, en *VVAA Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, coord. por Carmen Fernández Canales; Leticia García Villaluenga (dir.), Carlos Rogel Vide (dir.), Reus, Madrid, 2012, págs. 31-52.

¹¹ Ley 7/2017 de 2 de noviembre por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Disposición final séptima. Modificación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Se suprime el párrafo d) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

consumo y que la ley de mediación tenga carácter supletorio para el caso de que no exista regulación especial en una determinada materia¹².

La *Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*¹³. Según se explica en el preámbulo (III), se pretende garantizar que los residentes en España o en cualquier estado miembro de la Unión Europea tendrán la posibilidad de resolver sus litigios de consumo con empresarios establecidos en España acudiendo a entidades de resolución alternativa de calidad que hayan sido acreditadas por la autoridad competente e incluidas en un listado nacional de entidades acreditadas, el cual será trasladado a la Comisión Europea para que sea incluido en el listado único de entidades notificadas por los diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Así mismo, se pretende garantizar la alta calidad de los ADR “por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos” (art. 1.1. Ley 7/2017)¹⁴. Con este objetivo se regulan los requisitos para acceder a la acreditación del cumplimiento de estos estándares de calidad, el procedimiento para la acreditación, las obligaciones que dichas entidades deben cumplir y la garantía de conocimientos por los consumidores de la existencia de entidades de ADR acreditadas, mediante las obligaciones informativas que deben cumplir los empresarios y la actividad de las Administraciones públicas (art. 1.2 Ley 7/2017).

La ley insiste en que su finalidad no es regular ni desarrollar los procedimientos de ADR, sino simplemente establecer los requisitos para la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa de conflictos. Son las propias entidades las que, voluntariamente, podrán solicitar su acreditación ante la autoridad competente que proceda, quien dictará resolución tras realizar un análisis y evaluación del cumplimiento por las mismas de todos los requisitos exigidos en esta ley. Sin embargo, el consumidor también podrá acudir a entidades no acreditadas si así lo desea, de forma que podrán coexistir entidades acreditadas

¹² ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho Europeo”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 25, 2017, pp. 21 y 22.

¹³ BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017, páginas 105693 a 105718.

¹⁴ FUENTESECA DEGENEFFE, C. “El principio de transparencia, la eficacia y la equidad en la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 y su transposición al Derecho español”, en *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n° 524/2013)*, DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.), Madrid, Reus, 2017 pp. 85-148.

y no acreditadas, con la única diferencia de que las no acreditadas no podrán ser incluidas en la listado nacional anteriormente mencionado¹⁵.

En cuanto a los tipos de procedimientos, la ley también distingue entre procedimientos con resultado vinculante y los procedimientos con resultado no vinculante, siguiendo a la Directiva. Se cita expresamente la mediación¹⁶, afirmando que en ésta el resultado no se impone, sino que es fruto del acuerdo de las partes, con independencia de que pueda adquirir carácter de título ejecutivo si las partes optan por ello.

Además de estas dos normas es necesario destacar *el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*¹⁷, y que recoge por primera vez en el sistema arbitral de consumo un artículo dedicado expresamente a la mediación, el artículo 38¹⁸, en el que se afirma en su apartado primero que 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.

A pesar de encontrarnos ante la primera normativa estatal que se refiere a esta figura, es llamativa su la imprecisión la hora de determinar qué entiende por mediación. Esta falta de concreción no es casual, según pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 231/2008⁴ cuando firma que entre los objetivos de dicha regulación se encuentra la de aclarar “el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, *absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por confluencia con las competencias autonómicas*

¹⁵ AGÜERO ORTIZ, A. “La transposición de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español a través de la ley 7/2017 de 2 de noviembre”, en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*. I. Barral Viñas, Reus, Madrid, 2018, pp. 43.

¹⁶ Artículo 26.2.

¹⁷ Este Real Decreto viene a modificar, por primera vez desde su publicación, el Real Decreto 636/ 1993, de 3 de mayo. La necesidad de esta modificación se puso de manifiesto en la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, que se requirió al Gobierno para acometer importantes reformas. Este Real Decreto fue modificado por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo y por la *Ley 7/2017*.

¹⁸ “Artículo 38. Mediación en el procedimiento arbitral. 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. 2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la 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. 2. 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”.

sobre la materia”. VAZQUEZ DE CASTRO considera que resulta meritoria esta abstención con independencia de la razón competencial, puesto que “así se evita confundir ambas figuras y permite potenciar el uso de la mediación como sistema autónomo de resolución de conflictos de consumo”¹⁹.

El referido artículo se limita a determinar el momento en el que se desarrolla la mediación (admitida la solicitud de arbitraje), la necesidad de dejar constancia de su desarrollo por la Junta Arbitral y los principios mínimos de la actuación del mediador que son la independencia, imparcialidad y confidencialidad.

Son más abundantes las remisiones expresas a la mediación a **nivel autonómico**, tanto en los *Estatutos de Autonomía*²⁰ de las diferentes Comunidades Autónomas como en los Estatutos del Consumidor o Leyes autonómicas de protección del consumidor. Cabe destacar el artículo 132.1 de la *Ley 22/2010, del 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña*, que define la mediación de consumo como “aquel 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”.

Es precisamente esta autonomía la que a través del *Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo de Cataluña*²¹, ofrece la única norma que regula esta figura de forma exclusiva y exhaustiva. Como indica en su preámbulo, el Decreto tiene como finalidad aplicar y ejecutar en el ordenamiento jurídico catalán la Directiva de 2013 en lo que hace referencia a la mediación, vista la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña en la materia. El Código de Consumo de Cataluña recogió, en el punto a) de la disposición final segunda, la necesidad de que se dictara una norma reglamentaria para establecer un procedimiento que recoja las normas relativas a su inicio, desarrollo, y finalización, así como los efectos que tienen que tener los acuerdos adoptados en el desarrollo de la actividad mediadora. Además, no se debe olvidar que el artículo 131.1, apartado segundo, del Código de consumo, recuerda que corresponde a las administraciones públicas de Cataluña, en el ámbito de

¹⁹ VAZQUEZ DE CASTRO, E. “La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo I: Mediación*, GARCÍA VILLALUENGA, L. TOMILLO URBINA, J, y VÁZQUEZ DE CASTRO. E, M. Reus, Madrid, 2010, p. 206.

²⁰ TOMILLO URBINA, J. “La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo II: Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, en GARCÍA VILLALUENGA, L. TOMILLO URBINA, J, y VÁZQUEZ DE CASTRO. E, Reus, Madrid, 2010, pp. 88 y ss.

²¹ DOGC, n.º 6661 de 10 de julio de 2014.

sus competencias, el ejercicio de las funciones de fomento, gestión y desarrollo de la mediación y del arbitraje de consumo que la legislación les atribuya.

3. LA MEDIACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Las funciones de mediación se desarrollan generalmente por las *Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC)*, entre cuyas funciones principales se encuentran la de informar a los consumidores sobre la forma de realizar sus reclamaciones, informarles del sistema arbitral y, aquellas que lo deseen pueden *mediar* en los conflictos entre consumidor y empresario antes de iniciar el arbitraje o la reclamación judicial. También llevan a cabo funciones de mediación algunas asociaciones de Consumidores y Usuarios como iniciativas privadas²².

Pero sin duda, la mediación se está desarrollando esencialmente por las juntas arbitrales de consumo, dentro del sistema arbitral. Esto supone que hoy en día mediación y arbitraje son un binomio perfecto en el ámbito de la resolución alternativa de litigios en el ámbito de consumo.

El sistema arbitral viene regulado de forma general, para todos los ámbitos que no tengan una regulación espacial, por la *Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*²³, pero también es supletoria de aquellos que lo tengan²⁴. El arbitraje de consumo cuenta con su propia regulación, *el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. Entre las principales novedades introducidas por el referido Real Decreto 231/2008 destaca una mención expresa a la mediación en el procedimiento arbitral en su artículo 38 en el que centraremos nuestra atención.

El Sistema de Arbitraje de Consumo (SAC) se estructura fundamentalmente a través de las Juntas Arbitrales de consumo y los órganos arbitrales.

Las Juntas Arbitrales de consumo son los órganos administrativos del sistema de arbitraje de consumo, puesto que es quien oferta y administra el servicio de arbitraje con carácter institucional (art. 5 del RD 231/2008). La Junta Arbitral de Consumo dirige el procedimiento para conseguir que el sistema funcione correctamente, encontrando entre las funciones “asegurar el recurso a la media-

²² AUC (Asociación de Usuarios de la Comunicación); ASGECO (Asociación General de Consumidores), ADICAE (Asociación para la Defensa de Impositores de la Banca, Cajas y Seguros); CECU (Confederación de Consumidores y Usuarios, FACUA (Consumidores en Acción) o la OCU (Organización de Consumidores y Usuarios), entre otros.

²³ Ley 60/2003, de 23 de diciembre. BOE 309, de 26. 12. 2003.

²⁴ TOMILLO URBINA, J. Op. cit. p. 86.

ción previa al conocimiento del conflicto por lo órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38” (art. 6.f RD 231/2008).

La mediación es desarrollada por la Junta Arbitral de Consumo *antes de iniciar el procedimiento arbitral*, según pone de manifiesto el artículo 37.3 del RD 231/2008. En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente “*la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa en los supuestos en que proceda*”. Si no consta la existencia de convenio arbitral previo o éste no es válido, se dará traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado “*dándole un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje y de la mediación previa en los supuestos en que proceda*”.

Tras el inicio del proceso arbitral y para poder ofrecer una solución al mismo será necesario nombrar un *órgano arbitral*, que será designado por el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo entre todos aquellos que se encuentren acreditados según establecen los artículos 16 y 17 del Real Decreto 231/2008. Los órganos arbitrales pueden tener carácter unipersonal o colegiado (arts. 19 y 20 Real Decreto 231/2008). Entre las funciones que se atribuyen a estos órganos arbitrales se encuentra la de instar la *conciliación* de las partes al establecer que “el órgano arbitral dirigirá el procedimiento con sujeción a lo dispuesto en esta norma, pudiendo instar a las partes a la conciliación” (art. 42.1). En nuestra opinión el árbitro actuará de la misma forma que se haría en la conciliación judicial, por lo que se limitará a “exhortar” a las partes para que alcancen un acuerdo, sin poder ir más allá en su intervención. ABELLÁN TOLOSA afirma en relación a esta función que “es potestativa, no imperativa. En el ejercicio de esta potestad, los árbitros han de actuar con sutileza y eficacia; siempre será más positivo alcanzar una solución heterocompositiva por acuerdo de las dos partes que la imposición de un laudo, pero el Colegio Arbitral ha de ser muy cuidadoso para que en el intento conciliatorio no se adelante la posición que se adoptaría en el laudo”²⁵. En caso de avenencia el resultado del arbitraje será un acuerdo que podrá recogerse en un laudo, denominado “laudo por acuerdo” (art. 36 de la LA 2003), otorgando al mismo la fuerza vinculante y el respaldo ejecutivo judicial que tiene cualquier laudo.

De todo lo anterior se advierte la necesidad de distinguir dos actuaciones diferentes desarrolladas en el sistema arbitral de consumo: la mediación y la conciliación²⁶. *La mediación es una función exclusiva de las Juntas Arbitrales de*

²⁵ ABELLÁN TOLOSA, L. “*El sistema arbitral de consumo*, en *Derecho de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 428.

²⁶ ABELLÁN TOLOSA, L. op. cit, pág. 400, afirma que “no cabe confundir la labor de mediación que compete a la Junta Arbitral con la función conciliadora que fija en el artículo 12.4 para el colegio arbitral”.

Consumo que debe ser desarrollada *antes de iniciarse el procedimiento arbitral*, y por lo tanto antes de la constitución del órgano arbitral. La *conciliación* es desarrollada por el *órgano arbitral una vez que se ha iniciado el procedimiento*.

Así mismo se puede concluir que la mediación en el ámbito del consumo es considerada como un paso previo al arbitraje en este sector, que puede solicitarse:

- *Antes de la remisión al sistema arbitral*, mediante la presentación de la reclamación o queja ante las Asociaciones de Consumidores, las Oficinas Municipales de Información al consumidor (OMIC) o algunos órganos especializados de ciertos sectores como los seguros.
- *Una vez remitida la reclamación al sistema arbitral pero antes de conocerse el conflicto por el órgano arbitral*. Las Juntas Arbitrales desarrollarán la mediación antes de la constitución del órgano arbitral. Una vez constituido éste no podemos hablar de mediación, sino de conciliación, desarrollada por el árbitro único o por el colegio arbitral.

En relación a la mediación que se desarrolla por la Junta arbitral de consumo nos podríamos preguntar si solo es posible acceder a la mediación una vez que se inicia el arbitraje o si es posible que la Junta Arbitral medie a pesar de que no se lleve a cabo el arbitraje. VAZQUEZ DE CASTRO afirma que son dos sistemas diversos, y que no debemos entender que la mediación es solo posible una vez iniciado el proceso arbitral. La posibilidad de utilizar la mediación por parte de la Junta Arbitral de Consumo no debe necesariamente vincularse al procedimiento arbitral. En este sentido, “parece que la aceptación tácita para someterse a una mediación previa al arbitraje va implícita en la propia asunción del sistema arbitral como medio de solución del conflicto. Realmente, esta concepción del Reglamento implica que la mediación en consumo se llega a confundir o integrar en el propio sistema arbitral. Esta integración, sin una debida delimitación y diferenciación del régimen jurídico relativos a la mediación y al arbitraje podría estar desaprovechando toda la virtualidad práctica de la mediación en este ámbito. Utilidad máxima que pudiera lograrse con una clara definición en la aplicación independiente de uno u otro remedio extrajudicial”²⁷.

Siguiendo a VAZQUEZ DE CASTRO, se distingue entre la mediación arbitral o intra-arbitral y la mediación convencional o extra-arbitral. En la primera de ellas existe un acuerdo de sumisión al arbitraje, lo que implica que, a pesar de que se alcance un acuerdo entre el empresario y el consumidor, “necesariamente el procedimiento debe finalizar mediante el laudo del Colegio Arbitral al que se encuentran sujetos”. La mediación convencional se produciría cuando la empresa no esté adherida al sistema arbitral de consumo y no quiera someterse

²⁷ VAZQUEZ DE CASTRO, E. Op. cit. p. 214.

al arbitraje. Para estos casos, lo idóneo sería ofrecer la mediación por parte de la propia Junta Arbitral antes de iniciar el procedimiento arbitral, que se llevará a cabo por un organismo independiente o “podría llevarse a cabo por parte de la Junta Arbitral aunque respetando, en todo caso, la independencia o imparcialidad del mediador que nunca podrá con posterioridad ejercer posteriormente de árbitro para el mismo supuesto”²⁸.

4. ELEMENTOS PARA EL DEBATE FUTURO

4.1. El proceso de mediación

La falta de normativa específica y la exclusión de este tipo de conflictos de la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles hasta el año 2017, ha provocado una importante falta de homogeneidad en lo relativo al proceso de la mediación.

El Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo ha venido a arrojar algo de luz en este caos y ha establecido algunos pasos en el proceso de mediación.

Antes de iniciar el proceso de mediación es necesario que se acredite haber intentado alcanzar una solución al conflicto directamente con el empresario (art. 14).

Transcurrido un mes desde este intento o si no se ha alcanzado ningún acuerdo será posible iniciar la mediación mediante una solicitud que se presenta en impreso oficial de forma presencial o por vía telemática ante la entidad mediadora²⁹. Tras la evaluación del carácter mediable del conflicto se nombrará a la persona mediadora (art. 18) que se pondrá en contacto con la otra parte para que manifieste lo que considere oportuno (art. 20). El mediador podrá elegir entre desarrollar una mediación presencial (art. 21) o por medios telemáticos (art. 22). Si se alcanza la solución al conflicto se recogerá en un acta (art. 27) en el que se identifica las partes, su domicilio, lugar y fecha en que se suscribe y las obligaciones que cada parte asume. También tiene que constar que se ha seguido el procedimiento de mediación de consumo establecido en este Decreto, con indicación de la persona mediadora y de la entidad acreditada que ha intervenido.

²⁸ VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Op. Cit. pp. 218.

²⁹ Art. 15. Solicitud de inicio. En este artículo se regulan entre otros los requisitos de dicha solicitud.

Una de las particularidades del proceso de mediación en el ámbito del consumo y que no ocurre en otros ámbitos es que el proceso siempre se inicia por el consumidor, tal y como indica el artículo 15 del Decreto 98/2014 de mediación de consumo de Cataluña, que establece que “el procedimiento de mediación de consumo se impulsa a petición de la persona consumidora mediante la presentación de una hoja oficial de queja, reclamación y denuncia donde se manifieste la voluntad de que se lleve a cabo el procedimiento de mediación; o bien con una solicitud de mediación remitida por cualquier otro medio, incluida la presentación por medios telemáticos, en virtud del cual pueda quedar constancia de la voluntad de la persona consumidora”. La Directiva del 2013 también afirma que el proceso se inicia a instancia del consumidor puesto que en su artículo 2.2.g se establece que dicha directiva no se aplicará “a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor”. Sin embargo, el Reglamento 524/2013 admite la posibilidad de que la reclamación también se presente por el empresario, si bien sólo si la legislación del Estado miembro así lo permite. Parte de la doctrina ha considerado este cambio como algo positivo puesto que “la sobreprotección de una de las partes genera un desequilibrio que sólo lleva a situaciones de indefensión y a resentir las relaciones económicas. Que esta norma esté orientada a ofrecer simultáneamente a todos los agentes de un espacio de mecanismos de protección es un ejemplo de actuación responsable por parte de los poderes públicos”³⁰.

Sería conveniente que una futura regulación de la materia tenga en cuenta la necesidad de determinar, aunque sea someramente, los pasos del proceso de mediación en este ámbito, así como la necesidad de indicar quién puede iniciar el proceso y si es necesario la firma de algún documento, como ocurre en otros ámbitos, como el acta inicial de la mediación donde se garantizan entre otras cosas la confidencialidad del proceso (art. 19 de la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

4.2. ¿Quién es el mediador?

Otras de las cuestiones que deberían aclararse en una futura regulación de la materia es quién va a desarrollar estas funciones de mediación. Ninguna de las normas mencionadas determina qué persona o servicio será el encargado de hacer esta mediación, especialmente cuando ésta se desarrolla dentro del sistema de arbitraje de consumo. Cabe preguntarse si es un tercero ajeno a la Junta Arbitral quien ejercerá de mediador o si será el propio secretario judicial.

³⁰ VAZQUEZ MUIÑA, T. Op. Cit. 78.

El *Proyecto del Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la mediación en el procedimiento arbitral*, que recogía todo un capítulo dedicado a la mediación (capítulo V), establecía que el Presidente de la Junta designará un mediador, “debiendo recaer ésta en personal al servicio de la Junta Arbitral” y además era requisito para actuar como mediador en las Juntas Arbitrales “ser licenciado en derecho o contar con una experiencia de al menos tres años en el ámbito de protección de los consumidores”. Sin embargo, ninguno de estos requisitos ha sido recogido en el actual Real Decreto.

En esta función de mediación cumple un papel esencial el secretario de la Junta arbitral, pues fijará la fecha de inicio y fin, así como levantará acta de acuerdo o no acuerdo. La figura del secretario se convierte “en enlace y conexión entre el colegio arbitral u árbitro único y el mediador o equipo de mediadores, ya que pasa a ser la persona que va a conocer en plenitud el proceso completo desde la admisión a trámite de la solicitud del consumidor hasta la resolución de su conflicto, bien por mediación o bien por arbitraje de consumo”³¹.

CAZORLA entiende que esta función de mediación puede ser desarrollada por los secretarios de las Juntas Arbitrales de consumo, al afirmar que por falta de medios económicos pueden ser éstos los que las desarrollen, si bien “puede provocar la pérdida o relajación de unos requisitos que afectarían a las garantías en un procedimiento de resolución de conflictos. Si a eso añadimos la carga de trabajo adicional que supone, puede finalmente derivarse en que el plazo para dictar laudo se prolongue si como está previsto se suspende por mediación previa por un periodo no superior a un mes a contar desde el acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral que gestiona el secretario”³². Sin duda esta situación no es deseable, puesto que en aras a garantizar la calidad del sistema y a aumentar la confianza del consumidor en estos sistemas, debemos potenciar que la mediación sea desarrollada por un profesional debidamente formado, tal y como indica artículo 2.3 del *Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo* que identifica como persona mediadora “aquella persona física que dispone de los conocimientos y competencias especializadas necesarias para desarrollar la mediación de consumo”.

³¹ CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., “Régimen jurídico de la mediación de consumo”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Tomo I: Mediación, GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Reus, Madrid, 2010, p. 240.

³² CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. Op. cit. p. 240.

4.3. Mediación evaluativa versus mediación facilitadora

La mediación es un ADR que requiere la intervención de un tercero sin capacidad decisoria en la solución al conflicto, al contrario de otros como el juez o el árbitro. Sin embargo, el que el mediador no tenga en sus manos ofrecer “la solución” al conflicto no puede entenderse como una intervención limitada a la mera presencia junto a las partes o el establecimiento de un orden en el turno de palabra, sino que su participación debe ser *activa*. Las Recomendaciones³³ de la Unión Europea incluyen dentro del concepto de intervención activa del tercero a aquella que, *resuelve, propone e incluso se limita a aproximar posiciones*³⁴, no dejando ninguna duda respecto a la inclusión de la mediación en su ámbito de aplicación.

Una de las cuestiones más debatidas respecto a la función del mediador es la de si éste tiene capacidad para *proponer alternativas de solución*. A pesar de que parte de la doctrina se muestra contraria a esta facultad de ofrecimiento de alternativas, en mi opinión no solo es posible, sino también deseable. La posibilidad de este tipo de actuación ha sido aceptada por la *Ley 18/2006 de 22 de noviembre de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares* que afirma en su artículo 2 que el mediador “debe ayudar a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en su toma de decisiones, *aunque puede ofrecerles propuestas de solución*”. La experiencia y capacidad de generar dichas alternativas es una de las principales aportaciones del mediador. Ahora bien, las alternativas generadas no deben ser las más adecuadas según el criterio o los valores propios del mediador, sino que deben ser alternativas que recojan los intereses y valores manifestados por los mediados en las sesiones de mediación, según exige el principio de neutralidad.

La cuestión se complica aún más al constatar que existen ciertos ámbitos, entre los que se encuentra el consumo, donde se ha venido admitiendo en la práctica no sólo que el mediador pueda ofrecer alternativas diferentes a las propuestas propias de las partes en conflicto, sino que pueda ofrecer una “*propuesta formal de solución*”. Este tipo de actuación consistiría en que, después de conocer las posiciones de las partes en conflicto, el mediador emita la solución que le parezca más adecuada en una propuesta no vinculante para las partes y que éstas serán libres de aceptar o rechazar. Dicha propuesta, sea o no aceptada, dará fin a la función del mediador en dicho conflicto. En mi opinión esta forma

³³ Recomendación relativa a los Principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE) y Recomendación de la comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

³⁴ BARONA VILAR, S. (VV. AA.): *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 44.

de concebir la mediación la acerca mucho a otras figuras como la conciliación, el arbitramento o el ombudsman llegando en muchas ocasiones a confundirse o a estar hablando con diversos nombres de un mismo ADR³⁵.

Existe una gran confusión en este aspecto, puesto que no se conoce con claridad las funciones que desarrolla el mediador y se confunde muy asiduamente con la función del conciliador. CAZORLA³⁶ considera que en las OMICS y las Asociaciones de consumidores y usuarios realmente desarrollan una negociación o conciliación, más que una mediación, en sentido estricto. Pero incluso tampoco parece quedar claro qué diferencia la mediación de la conciliación. VÁZQUEZ MUIÑA confirma esta confusión afirmando que “una parte de la doctrina considera que la diferencia entre ambos mecanismos reside en la actuación del tercero: mientras que en la conciliación, el conciliador es un mero testigo de la negociación de las partes, reduciendo su labor a velar por que los canales de comunicación permanezcan abiertos y las partes se respeten mutuamente, el mediador puede tener una participación más activa en la negociación, pudiendo organizar actividades para animar a las partes a obtener un consenso, o incluso proponer una solución”³⁷.

Determinar hasta dónde puede llegar el mediador de consumo en su función es esencial para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios. Si entendemos que el mediador de consumo es un facilitador sin capacidad para ofrecer una única solución, aunque no sea vinculante, estaríamos hablando de una mediación facilitativa, que tendría un perfecto encaje en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Si entendemos que el mediador es un profesional que además de facilitar el diálogo si las partes no pueden alcanzar el acuerdo éste puede ofrecer una solución, la que en su opinión técnica es la mejor, para que las partes acepten o no la misma, estaríamos en el marco de una mediación evaluativa. En este caso, la ley 7/2017 se refiere en su artículo 14, a que en los procedimientos que finalicen con la propuesta de una solución, aunque no sea vinculante, los terceros tienen una importante obligación de información respecto al usuario³⁸ así como que las partes deben disponer de

³⁵ BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Reus, Madrid, 2009.

³⁶ CAZORLA GONZÁLEZ, Op. Cit. p. 237.

³⁷ VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2017), “La Mediación en conflictos de consumo: la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento (UE) n° 524/2013”, en *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n° 524/2013)*, DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFTE (coord.). Reus, Madrid, 2017, pág. 67.

³⁸ Establece que las entidades de resolución alternativa deben informar a las partes, previamente a su inicio, de lo siguiente: a) Que pueden retirarse del procedimiento en cualquier momento en caso de que no estén satisfechas con su funcionamiento o tramitación.

un plazo de reflexión no inferior a tres días hábiles a contar desde la recepción de la propuesta.

El Decreto 98/2014 de mediación de consumo de Cataluña no se refiere de forma concreta a la función del mediador. Solo establece en su artículo 12.1 que “la persona mediadora tiene que ayudar a las partes a llegar por sí mismas a una solución satisfactoria del conflicto”. Cuando desarrolla las funciones que se reconocen al mediador parece estar pensando en una mediación facilitativa y no evaluativa. Así, en el apartado 2 del mismo artículo se establece que para desarrollar sus funciones la persona mediadora puede: “a) Convocar las partes cuando proceda. b) Velar para que las partes tengan el asesoramiento suficiente para alcanzar los acuerdos de una manera libre y consciente. c) Adoptar las medidas que considere adecuadas para la gestión del procedimiento de mediación. d) Finalizar el procedimiento de mediación, justificadamente, si considera que no se puede resolver el conflicto mediante esta vía”. No recoge en ningún momento la capacidad de hacer una propuesta de solución no vinculante. Y esto se corrobora en el artículo 22.2 que se refiere a la mediación presencial cuando afirma que “la persona mediadora tiene que explicar a las partes el procedimiento, los principios y el alcance de la mediación y tiene que intentar que lleguen a un acuerdo. La persona mediadora tiene que escuchar las partes y tiene que intentar que lleguen a un acuerdo para resolver la controversia de manera objetiva, independiente e imparcial”.

4.4. Mediación obligatoria

Una de las principales dificultades para que la mediación de consumo despegue es que el número de empresas adheridas a los Sistemas Alternativos de Resolución de conflictos es muy escaso. Son pocas las que se obligan a resolver sus conflictos a través del arbitraje y menos aún a la mediación. Como bien afirma ESTEBAN DE LA ROSA algunos de los retos más importantes que tiene el régimen de la mediación de consumo pasan por el establecimiento de obligaciones legales de participación de las empresas en procedimientos de mediación ante entidades de ADR, y también por la instauración de incentivos/sanciones a una adhesión voluntaria.

Afirma el autor que es posible establecer que la mediación sea un sistema obligatorio para el empresario, según el art. 9 de la Directiva del 2013, bajo

b) Que no están obligadas a aceptar la solución propuesta, así como de los efectos jurídicos de su aceptación o rechazo. c) Que la participación en dicho procedimiento no excluye la posibilidad de acudir a la vía judicial para obtener la reparación de sus derechos. d) Que una resolución judicial sobre ese mismo asunto podría ser diferente a la adoptada en ese procedimiento.

cuyo tenor “ninguna de las partes tendrá la obligación de participar en el procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo, excepto cuando una norma especial así lo establezca”. Tal y como dispone “en ningún caso la decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial”. Esto significa que con arreglo al Derecho europeo sería posible que una empresa pueda quedar obligada a participar en un procedimiento ante una entidad ADR cuyo procedimiento finalice con una decisión no vinculante, como lo es la mediación. El arbitraje de consumo obligatorio quedaría así dentro de la cobertura del Derecho europeo³⁹.

Sin embargo, esta afirmación es más dudosa cuando se trata del consumidor, es decir, si se entiende que es el consumidor el obligado a acudir a la mediación. Como afirma ESTEBAN DE LA ROSA⁴⁰, el hecho de que el TJ⁴¹ haya considerado que esta opción es acorde con el Derecho europeo no significa, sin embargo, que los Estados miembros hayan de optar por uno similar. En España ya existe algún ejemplo de mediación obligatoria en los conflictos de consumo relativos a créditos hipotecarios, puesto que el artículo 132.3 del Código de consumo de Cataluña, en la modificación dada por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, dispone que “las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje”. Sin embargo, esta norma ha sido cuestionada por su posible vulneración del Derecho de tutela judicial efectiva y recurrida ante el Tribunal Constitucional.

Compartimos con ESTEBAN DE LA ROSA que es necesario valorar que se puedan establecer limitaciones a este Derecho en aras a un interés general, sobre todo si la “obligatoriedad” solo afecta a la sesión inicial de mediación. Así afirma que “resultaría compatible con el derecho de acceso a tribunales la obligación de mediar cuando únicamente consiste en pasar por una sesión inicial de mediación, gratuita, a fin de comprobar la idoneidad de seguir un proceso de mediación

³⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, F., 2017. op. cit. pp. 23.

⁴⁰ Op. cit. p. 24.

⁴¹ La sentencia del TJ de 14 de junio de 2017 dictada en el asunto C-75/16 Según el TJ, «la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija».

que evite el litigio⁴². Y así parece entenderse en el Anteproyecto de ley para el impulso a la mediación del 2019⁴³, en el que se contempla introducir el principio de voluntariedad mitigada y hacer obligatorio en ciertos ámbitos que las partes acudan a una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto.

4.5. Mediación de consumo por medios telemáticos

Es muy conveniente tener en cuenta en este ámbito las experiencias de Resolución de disputas en Línea (ODR). En ellas se ofrecen figuras equivalentes a los Sistemas Alternativos de Resolución de disputas (ADR) pero realizadas a través de la tecnología⁴⁴. Se incluyen generalmente las categorías de la negociación asistida o automatizada⁴⁵, el diagnóstico y la opinión legal no vinculante⁴⁶, el arbitraje electrónico⁴⁷ y la mediación electrónica. Si existe un ámbito donde se justifique el uso de las nuevas tecnologías, ese es sin duda el del consumo, por el volumen de reclamaciones, por la escasa cuantía de las mismas y por tratarse de conflictos donde no existe una relación personal entre las partes, o al menos no generalmente.

La *mediación electrónica* encuentra su previsión normativa en el artículo 24 de la Ley 5/2012 que se refiere a las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos y afirma que “1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente

⁴² ESTEBAN DE LA ROSA, F., 2017. op. cit. pp. 25.

⁴³ GARCIA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Impulso legislativo a la mediación, entre la incertidumbre y la esperanza, Anuario de mediación y Resolución de Conflictos, Editorial Reus, Madrid, 2019, págs. 21-32.

⁴⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., 2018. La mediación electrónica y los medios disponibles aún a explorar: estado de la cuestión, en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*. Reus, Madrid, pp. 144.

⁴⁵ A través de un software en el que se almacenan precedentes y experiencia previa el mediador puede tener acceso a acuerdos que han servido en casos similares.

⁴⁶ Se utiliza sobre todo en los servicios financieros europeos de forma que cualquier ciudadano que tenga un problema con un banco acude a esta plataforma para obtener una opinión no vinculante de carácter técnico. En nuestro país el Banco de España y la Sociedad Nacional del Mercado de Valores pueden ofrecer estas opiniones.

⁴⁷ Sistema en el que el laudo se obtiene a través de una plataforma online.

por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”. Por su parte el Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ofrece en su capítulo V (arts. 30 al 38) un marco normativo para las cuestiones técnicas de la mediación electrónica, admitiendo la posibilidad de que existan sesiones online, presenciales o mixtas, a pesar del texto de la Disposición final séptima antes referida que decía que serían exclusivamente online.

A ello debemos añadir lo establecido en la Disposición Final Séptima de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se refiere a la conocida como *mediación simplificada* que según Vázquez se puede entender como una mezcla entre la mediación electrónica y la negociación asistida⁴⁸ y se utiliza para el cobro de pequeñas cantidades o reclamaciones. Según esta disposición “el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará *exclusivamente* por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes”. Como bien afirma VÁZQUEZ, a pesar del mandato para que el Ministerio de Justicia y el Gobierno promuevan este sistema, lo cierto es que se ha dejado a la iniciativa privada con muy escaso éxito “no porque no haya plataformas de resolución de disputas en línea (RDL) en el mercado sino porque se requiere un impulso institucional que genere confianza”⁴⁹. Así mismo defiende el autor que, aunque en principio la ley piensa en la mediación simplificada para las relaciones civiles y mercantiles, sobre todo estas últimas, podría también aplicarse a las reclamaciones en materia de consumo, donde las reclamaciones son muy abundantes y de pequeña cuantía. Afirma que “si la mediación simplificada es idónea para este tipo de reclamaciones por qué no optimizar recursos, es decir, si las pequeñas reclamaciones van a darse también en general en materia de consumo por qué no va a servir la misma plataforma tanto en materia de consumo como en pequeñas reclamaciones entre particulares o entre empresas”⁵⁰. De esta forma se optimizaría el sistema ya implantado incluyendo otro tipo de reclamaciones, si

⁴⁸ Vázquez de Castro, E., 2018. Ob. Cit. pp. 145.

⁴⁹ Vázquez de Castro, E., 2018. Ob. Cit. pp. 139.

⁵⁰ Vázquez de Castro, E., 2018. Ob. Cit. pp. 145.

bien será necesario tener en cuenta algunas especialidades de este ámbito como el derecho de información del consumidor o el evitar que sea la propia empresa la que se encargue de gestionar este sistema de mediación simplificada.

La Ley catalana 15/2009 de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado sólo contempla la posibilidad de la mediación no presencial en su artículo 8 relativo a los principios de la mediación, al afirmar el carácter personalísimo de la misma. En este artículo afirma que “en mediación, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones sin que pueda valerse de representantes o de intermediarios. En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación”. Parece que se apunta a la posibilidad de usar los ODR solo como algo residual, es decir, cuando el uso de ADR no sea posible porque no pueden estar físicamente presentes las partes en conflicto, y no como una opción individualizada. De forma más específica para el ámbito del consumo el *Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo de Cataluña* establece en su artículo 23 que el mediador, con la conformidad de ambas partes, puede acordar que todas o algunas de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios telemáticos, siempre que quede garantizada la identidad de las partes y el respeto a los principios establecidos en este Decreto. En su apartado segundo, sin embargo, afirma que la mediación debe ser obligatoriamente telemática cuando la petición formulada no supere los trescientos euros, “a menos que alguna de las partes no tenga acceso a alguno de estos medios o se oponga expresamente a su utilización”.

En los ODR el uso de la tecnología no es solo un instrumento, es decir, un ODR no es lo mismo que un ADR en el que se aplica la tecnología, sino que se convierte en un elemento más del proceso, una cuarta parte que se suma al mediador y los litigantes, que participa en la elaboración de propuestas⁵¹. Entre los inconvenientes que pueden encontrarse se citan, en primer lugar, la falta de seguridad que puede repercutir en la garantía de la confidencialidad, siendo necesario que se incorporen mecanismos de protección y herramientas tecnológicas adecuadas cuya gestión corresponderá generalmente al mediador. Así mismo la falta de contacto físico no permite contar con una de las herramientas esenciales en la mediación y en cualquier otro tipo de intervención de carácter personal, el lenguaje no verbal. Algunos mediadores consideran que se desnaturaliza la mediación de alguna manera por lo que se suele identificar estos ODR como más adecuados

⁵¹ LAUROBA LACASA, E, “Los conflictos familiares: otro ámbito idóneo para la consolidación de los ODR” en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, I. Barral Viñals (ed), Reus, Madrid, 2018, p. 289.

para gestionar las cuestiones patrimoniales. Por último, la falta de competencias digitales de algunos usuarios les excluye automáticamente de este tipo de servicios, frente a otros usuarios, generalmente más jóvenes y nativos digitales, que se desenvuelven en este ámbito como pez en el agua. Para tratar de solventar esta cuestión el mediador debe tener la obligación ética de proporcionar a sus clientes información adecuada sobre el marco online de sus operaciones.

Artículo recibido el 6-3-2020 y aceptado para su publicación el 29-4-2020.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN TOLOSA, L. “El sistema arbitral de consumo”, en *Derecho de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 366- 438.
- AGÜERO ORTIZ, A. “La transposición de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español a través de la ley 7/2017 de 2 de noviembre”, en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, I. Barral Viñas (ed), Reus, Madrid, 2018 pp. 42-74.
- ÁLVAREZ MORENO, M.T. “Los Servicios de Atención al Cliente como posible mecanismo de ADR en litigios de consumo”, en *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR* (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n.º 524/2013), DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE, Reus, Madrid, 2017 pp. 257-287.
- ÁLVAREZ MORENO, M. T. “Aproximación a la normativa sobre mediación en litigios de consumo”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero de 2016, pp. 3-19.
- BARONA VILAR, S. (VV. AA.): *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 44.
- BLANCO CARRASCO, M. “Artículo 2. Ámbito de aplicación”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, coord. por FERNÁNDEZ CANALES. C; GARCÍA VILLALUENGA. L (DIR.), ROGEL VIDE, C. (DIR.), Reus, Madrid, 2012, pp. 31-52.
- BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de conflictos*. Una visión jurídica. Reus, Madrid, 2009.
- BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y consumidores*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2005.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. “Régimen jurídico de la mediación de consumo”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo I: Mediación*, GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Reus, Madrid, 2010, pp. 227-241.
- CORTÉS, P. “Análisis de la implementación del régimen europeo sobre las reclamaciones de consumo y recomendaciones para su transposición en

- España”, ed. *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*. I. BARRAL VIÑAS, Reus, Madrid, 2018, pp. 15-35.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 25, pp. 17-31.
- FUENTESECA DEGENEFFE, C. “El principio de transparencia, la eficacia y la equidad en la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 y su transposición al Derecho español”, *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n° 524/2013)*, DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.), Reus, Madrid, 2017 pp. 85-148.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. “Impulso legislativo a la mediación, entre la incertidumbre y la esperanza,” *Anuario de mediación y Resolución de Conflictos*, Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 21-32.
- LAUROBA LACASA, E, “Los conflictos familiares: otro ámbito idóneo para la consolidación de los ODR” en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, I. Barral Viñals (ed), Reus, Madrid, 2018, pp. 281-294.
- TOMILLO URBINA, J. “La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo II: Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Reus, Madrid, 2010, pp. 81-115.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. “La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo I: Mediación*, GARCÍA VILLALUENGA, L, TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Reus, Madrid, 2010, pp. 223-225.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación electrónica y los medios disponibles aún a explorar: estado de la cuestión”, en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*. I. BARRAL VIÑAS (ed), Reus, Madrid, 2018, pp. 131-157.
- VÁZQUEZ MUIÑA, T., “La Mediación en conflictos de consumo: la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento (UE) n° 524/2013”, en *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n° 524/2013)*, DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.), Reus, Madrid, 2017, pp. 65-83.
- VILALTA NICUESA, A. E., “Resolución alternativa de disputas y los retos de una solución global” en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*. BARRAL VIÑAS, Reus, Madrid, 2018, pp. 75-130.

EL ANUARIO DE MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS es una publicación abierta e interdisciplinar sobre los métodos no jurisdiccionales de solución de controversias, con proceso anónimo de revisión por pares.

El Anuario examina la aplicación de las teorías de gestión del conflicto y proporciona conocimientos sobre la práctica de dichos métodos desde una aproximación interdisciplinar, realista y científica. Su principal objetivo es divulgar trabajos rigurosos en materia de mediación, negociación, transacción, arbitraje... que sean originales, así como los avances y resultados de estudios e investigaciones producidos en las distintas áreas del Derecho, la Psicología, el Trabajo Social, la Sociología, la Economía... y otras ramas del saber científico, a fin de ofrecer una visión integral teórico-práctica de la materia.

Editado por REUS en Madrid, el Anuario contiene contribuciones de especialistas en mediación y en otros métodos alternativos de gestión del conflicto, dirigidas tanto a un público no especializado, como a expertos del mundo académico y práctico.

Desde su creación, el Anuario de Mediación y Solución de Conflictos ofrece sus páginas a la comunidad nacional e internacional para la publicación de artículos, crítica de libros, entrevistas, comentarios de la casuística de mediación (intra y extrajudicial) y reseñas en español e inglés. El contenido de los originales publicados es responsabilidad exclusiva de sus autores.

El Anuario viene avalado por la solvencia y prestigio de sus codirectores, Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro, así como por el elenco de profesionales que forman parte del Consejo de redacción y que presentan una larga e intensa trayectoria en docencia, investigación e intervención en gestión, transformación y solución extrajudicial de conflictos.

