

www.uoc.edu/idp

Dossier «Mediación sectorial y digitalización»

ARTÍCULO

La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo^{*}

Fernando Esteban de la Rosa

Catedrático de Derecho internacional privado (Universidad de Granada)

Fellow of The National Center for Technology

and Dispute Resolution (University of Massachusetts, Amherst)

Fecha de presentación: enero de 2017

Fecha de aceptación: julio de 2017

Fecha de publicación: septiembre de 2017

Resumen

La resolución de litigios a través de la mediación es una práctica muy extendida entre las entidades españolas de resolución alternativa de litigios de consumo, tanto públicas como privadas. Pese a su notable implantación, nuestro sistema apenas cuenta con disposiciones que sustenten su régimen. El presente estudio pretende contribuir al debate sobre la vertebración del régimen de la mediación de consumo en el sistema español, un debate que resulta perentorio para orientar la actividad legislativa que ha de tener lugar con miras, entre otros objetivos, a realizar la transposición de la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de litigios de consumo. Junto con las referencias del Derecho europeo, se propone la necesidad de orientar la futura legislación partiendo del análisis de los intereses en presencia y de las exigencias de política legislativa relacionadas con la protección del consumidor. El estudio toma en consideración la práctica de mediación de consumo que es llevada a cabo en la actualidad por las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo.

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia DER2014-56742-P, titulado «La adaptación de la legislación española al nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», del que es investigador principal el Dr. Fernando Esteban de la Rosa.

Palabras clave

mediación de consumo, Derecho europeo, adaptación del sistema español, directiva de mediación, directiva de resolución alternativa de litigios de consumo

Tema

Hacia una protección efectiva de los derechos del consumidor

The structuring of the Spanish system for consumer mediation within the context of European law

Abstract

Mediation as a means of consumer dispute resolution is a widespread practice amongst Spanish consumer ADR entities, both public and private, in spite of the lack of data aggregation. Despite its remarkably wide implementation, our system hardly envisages any provisions to support its regime. This study aims to contribute to the debate on the structure of Spanish consumer mediation, as key in guiding the future legislative activity with a view, among other objectives, to transposing Directive 2013/11/ EU on alternative dispute resolution for consumer disputes. In light of European Law, the author highlights the need to focus future legislation in such a way as to take into account the analysis of current interests and the requirements of internal legislative policy, without ignoring the practice of consumer mediation by ADR entities.

Keywords

Consumer mediation, European Law, adaptation of the Spanish system, mediation directive, directive on alternative dispute resolution for consumer disputes

Topic

Towards an effective protection of consumer rights

Introducción

Como técnica de resolución de conflictos que favorece la comunicación, el diálogo entre las partes y las soluciones con un doble ganador, la resolución de conflictos a través de la mediación se ha extendido por los campos más variados del Derecho. Hoy cabe hablar de mediación civil, de mediación mercantil y comercial, de mediación social, de mediación penal y de mediación laboral.¹ La primera acuñación de elementos y principios para vertebrar una mediación de consumo, con miras a dar respuesta en su régimen a las necesidades especiales del consumidor, fue la 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.² Por su carácter de *soft law*, las previsiones allí contenidas no tuvieron excesivo eco en nuestro sistema. Esta situación hoy ha tornado, y los que fueron principios blandos ahora se han convertido en una regulación que, como mínimo, ha de ser cumplida por las entidades que utilizan la mediación en el ámbito de las relaciones de consumo. Las exigencias mínimas a que nos referimos se encuentran contenidas en 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.³

1. Para estos diferentes tipos de mediación véase Orozco Pardo y Monereo Pérez (dir.) (2015).
2. Diario Oficial n.º L109 de 19 de abril de 2001.
3. DOUE 18/07/2013, L 165

Este estudio pretende contribuir al debate sobre la vertebración del régimen de la mediación de consumo en el sistema español, y la adaptación de este al nuevo marco europeo. De cara a la incorporación del Derecho europeo resulta conveniente realizar una evaluación de política legislativa sobre los elementos de protección del consumidor que conviene incorporar a la regulación de la mediación especial de consumo, y el modo en que tales elementos encuentran acomodo en el marco general del Derecho europeo. Hasta ahora este debate no ha sido planteado con todas sus aristas, una de las cuales guarda relación con la delimitación entre las competencias del Estado y de las comunidades autónomas,⁴ tema que requiere un análisis independiente. Todo apunta a que en el sistema español coexistirán legislaciones autonómicas junto a la estatal con la intención común de regular la mediación de consumo.⁵ Este trabajo no se ocupará de definir los modelos de relación entre ellas.

El estudio considera los diferentes textos normativos con incidencia sobre la regulación de la mediación de consumo. De entre ellos, por referirse a la transposición del nuevo Derecho europeo, destacan el proyecto de Ley 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 (en adelante PLDRAL)⁶ y, por ahora en solitario a nivel autonómico, el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo⁷ (en adelante DPMRC). Para ordenar la exposición, en la primera parte nos ocuparemos de identificar las

bases para la construcción del régimen de la mediación de consumo. Pasaremos luego revista a algunas alternativas posibles para recibir las directrices y principios del Derecho europeo. Finalmente, analizaremos ciertas cuestiones de tipo estructural relacionadas con la coexistencia, en el sistema jurídico español, entre regímenes de mediación de consumo, adaptados y no adaptados, al Derecho europeo.

1. Bases para la construcción de una mediación especial en el ámbito de las relaciones de consumo

1.1. La fuerte implantación de la mediación de consumo en la práctica de las entidades de resolución alternativa

El sistema español de mediación de consumo revela un contraste muy significativo entre la práctica y la regulación existentes. La mediación de consumo constituye una realidad práctica en muchas de las entidades, públicas y privadas, que se ocupan de la resolución alternativa de litigios de consumo. Entre las primeras, en aplicación del Real decreto 231/2008 de 15 de febrero, las setenta y dos juntas arbitrales de consumo que existen en España llevan a cabo mediaciones tanto en la fase previa al arbitraje como también en la fase de arbitraje (mediación intra-arbitral).⁸ La mediación de consumo es también familiar para las múltiples OMIC que existen en España. Entre las entidades privadas, destaca la labor de mediación de las

4. La competencia para regular el procedimiento y las entidades de mediación ha sido asumida por las siguientes comunidades autónomas: Aragón (art. 71.26 EA de Aragón, BOE 97, 23/04/2007); Cataluña (art. 49.2 EA de Cataluña, BOE 172, 20/07/2006); Extremadura (art. 9.18 EA de Extremadura BOE 25, 29/01/2011). La competencia para regular los procedimientos de mediación ha sido asumida por las siguientes comunidades autónomas: Andalucía (art. 58.2. 4º EA Andalucía, BOE 68, 20/03/2007); Islas Baleares (art. 30.47 EA Islas Baleares, BOE 52, 1/03/2007). De acuerdo con esto, en la comunidad autónoma de Cataluña, el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo (DOGC, núm. 6661 de 10 de julio de 2014) (en adelante DPMRC), indica en su preámbulo que «el presente Decreto tiene también como finalidad aplicar y ejecutar en el ordenamiento jurídico catalán la Directiva mencionada en lo que hace referencia a la mediación, vista la competencia exclusiva de la Generalitat de Catalunya en la materia».
5. Así deriva del reconocimiento de la competencia autonómica para regular la mediación de consumo (véase nota 4). Como consecuencia, la legislación en trámite (art. 26.2 PLDRAL) atribuye a las comunidades autónomas la posibilidad de designar autoridades competentes para la acreditación de entidades de resolución alternativa de litigios de consumo que finalicen con una decisión no vinculante para las partes, siempre que en su legislación hayan asumido y desarrollado competencias en materia de mediación de consumo.
6. Este estudio tendrá en cuenta el texto aprobado por el Congreso. BOCG Serie A, 31 de julio de 2017 y disponible en la siguiente página web: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-5-4.PDF#page=1>. Su entrada en el Senado ha tenido lugar con fecha 7 de septiembre de 2017. BOCG. Senado N.º 138_1156 (Apartado I) de 07/09/2017 pág. 273.
7. DOGC, n.º 6661 de 10 de julio de 2014.
8. Véanse los artículos 37.3 y 38.1 del Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RDSAC) (BOE n.º 48, de 25 de febrero de 2008).

asociaciones de consumidores. Entre ellas cabe mencionar las siguientes: AUC (Asociación de Usuarios de la Comunicación);⁹ ASGECO (Asociación General de Consumidores);¹⁰ ADICAE (Asociación para la Defensa de Impositores de la Banca, Cajas y Seguros);¹¹ CECU (Confederación de Consumidores y Usuarios);¹² HISPACOOOP (Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios);¹³ CEACCU (Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios);¹⁴ FACUA (Consumidores en Acción);¹⁵ FUCI (Federación de Usuarios y Consumidores Independientes);¹⁶ UNAE (Federación Unión Nacional de Consumidores y Amas de Hogar de España) y OCU (Organización de Consumidores y Usuarios).¹⁷ Por el número de casos recibidos destacan ADICAE, FACUA y OCU. Desde una posición distinta, Confianza Online asume la tarea de mediar en los conflictos que surgen entre los consumidores y las empresas adheridas al Comité de Mediación A-Digital.¹⁸ A la mediación también se hace recurso por entidades RAL organizadas por iniciativa de algunas empresas. Este es el caso del Defensor del Cliente de Endesa,¹⁹ el Servicio de Defensa del Cliente de Telefónica²⁰ o el Customer Counsel de Aquadom.²¹ Con este elenco, no exhaustivo, cabe apreciar que la mediación se encuentra muy extendida y representa una práctica habitual en la resolución alternativa de litigios de consumo de nuestro país.

1.2. Un déficit atávico en la regulación de la mediación de consumo

A pesar de ello, nuestro sistema no se ha dotado de un régimen especial para la mediación de consumo informado por las necesidades especiales de las relaciones de consumo. Se trata de una carencia con varios alcances. Primero, como consecuencia de la exclusión que se hace de la mediación de consumo del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en virtud del art. 2.2 d)²² (en adelante LMACM), esta clase de mediación no cuenta con el soporte de una regulación general que pueda ser objeto de aplicación supletoria. En lo que se refiere a los aspectos de la regulación que, de manera especial, toman en cuenta el desequilibrio entre empresario y consumidor en la mediación de consumo, en la actualidad disponemos únicamente de una ley en tramitación (PLDRAL), cuyo texto acaba de ser remitido al Senado, y el DPMRC aprobado en la comunidad autónoma de Cataluña.²³ Por tanto, aunque la mediación es practicada con asiduidad, apenas queda sometida a reglas legales que la disciplinen.²⁴ Ante la parálisis de otros legisladores, es encomiable el ejemplo ofrecido por una administración local que, por su especial implicación en la efectividad de los derechos de los consumidores, no ha dudado en dotarse de un régimen para la mediación de consumo.²⁵

9. Véase : <<http://www.auc.es>>.

10. Véase: <<http://asgeco.org/index>>.

11. Véase: <<http://tinyurl.com/zxzt5wf>>.

12. Véase: <<http://cecu.es>>.

13. Véase: <<http://www.hispacoop.com/home>>.

14. Véase: <<http://www.ceaccu.org>> [fecha de consulta: 31 de enero de 2017].

15. Véase: <<http://www.facua.org>> [fecha de consulta: 31 de enero de 2017].

16. Véase: <<http://fuci.es>> [fecha de consulta: 31 de enero de 2017].

17. Véase: <<http://www.ocu.org/quienes-somos>> [fecha de consulta: 31 de enero de 2017].

18. La información sobre el procedimiento ante el Tribunal A-Digital se encuentra en la página web <<https://www.confianzaonline.es/consumidores/guia-practica-de-consumidores-faq/>> [fecha de consulta: 18 de enero de 2017].

19. Según la información facilitada por la web del Defensor del Cliente de Endesa, «el Defensor promueve un contacto directo entre el cliente y representantes de la compañía a fin de llegar a un acuerdo. Este proceso de mediación permite una solución rápida y facilita un diálogo constructivo entre el cliente y la empresa, que redundará en beneficio de ambos». Véase la página web <http://www.defensordelcliente.endesa.es/defcl/como_le_ayuda.jsf#reclamacion> [fecha de consulta: 18 de enero de 2017].

20. Véase: <https://www.telefonica.es/es/acerca_de_telefonica/servicio-defensa-cliente/preguntas-respuestas> [fecha de consulta: 18 de enero de 2017].

21. El procedimiento seguido está contenido en la siguiente página web: <<http://www.customercounsel.suezspain.es/es/procedimiento>> [fecha de consulta: 18 de enero de 2017].

22. BOE n.º 162, de 7 de julio de 2012.

23. Citado en la nota 7. Para un análisis de esta regulación, véase Vilalta Nicuesa (2014, pág. 1-27).

24. Orozco Pardo y Moreno Navarrete (2015, pág. 249).

25. Véase por ejemplo la Ordenanza municipal para la protección de los consumidores y usuarios del Ayuntamiento de Albolote, *Boletín Oficial de la Provincia de Granada*, 6 de agosto de 2010.

Algunos de los problemas del sistema actual de mediación de consumo han sido advertidos por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ). En su informe al Anteproyecto de ley de resolución alternativa de litigios de consumo²⁶ (en adelante, Anteproyecto Ley RALC), el órgano de gobierno de los jueces denunciaba como:

«poco comprensible» la exclusión de la mediación de consumo del ámbito de la Ley 5/2012. Tal y como indica, «no hay norma que determine los efectos de ese acuerdo de mediación, por ejemplo la ejecutividad del acuerdo de mediación ligada a su valor de cosa juzgada entre las partes, la suspensión de los plazos de prescripción de las acciones judiciales una vez iniciado el procedimiento de mediación, el deber de confidencialidad del mediador que le exonera de declarar en un proceso judicial posterior entre las mismas partes así como de deponer en él como perito, o la posibilidad de que los costes de la mediación puedan computarse como costas en un proceso judicial posterior».

Desmarcándose de la posición que mantuvo en el informe al Anteproyecto de LMACM,²⁷ el CGPJ ahora aboga por erigir a la LMACM en norma general, «comprensiva también de consumo, con las peculiaridades propias de ese ámbito que innegablemente existirán, permitiendo de esa forma evitar ese vacío legal que persistirá tras la promulgación de la Ley proyectada».²⁸ El régimen de la mediación de consumo reposa hoy en el contractualismo más puro. Por ello, a falta de pacto no cabe afirmar ningún deber de confidencialidad, no hay posibilidad de atribuir a la mediación la suspensión de los plazos de prescripción de acciones, ni tampoco de otorgar al acuerdo alcanzado carácter o fuerza ejecutiva, ni de considerar la existencia de una mediación frustrada en el momento de una eventual imposición de los gastos judiciales. Por ello, más que una laguna de regulación, lo que existe es un régimen por completo inadecuado que urge a la mejora legislativa.

El CGPJ advirtió entonces la conveniencia de colmar el vacío legal que existe en el régimen de la mediación de consumo

mediante la derogación de la letra d) del apartado 2 del artículo 2 de LMACM.²⁹ Esta es precisamente la orientación que está siendo seguida por el PLDRAL. En el texto que ha sido aprobado por el Congreso ha sido incorporada una nueva disposición final séptima cuyo objetivo es suprimir el párrafo d) del apartado 2 del artículo 2 LMACM. Mediante la aplicación de la LMACM también a la mediación de consumo, se logra que esta clase de mediación deje de estar huérfana de regulación, lo que ha de ser considerado como algo positivo. Uno de los efectos principales vendrá dado por la extensión del efecto ejecutivo a los acuerdos de mediación de consumo alcanzados. Sin embargo, la LMACM no puede ser contemplada como una panacea para la mediación de consumo. Sus disposiciones no están pensadas para tener en cuenta las particularidades de la mediación de consumo. Y de hecho, se impone la necesidad de hacer una evaluación para comprobar si, respecto de la mediación de consumo, las soluciones que se contienen en la LMACM resultan satisfactorias o si, por el contrario, deben ser desplazadas por otras diferentes que tengan en cuenta los intereses especiales en presencia en esta clase de mediación. En un nivel práctico, por otra parte, la aplicabilidad de la LMACM también a la mediación de consumo puede generar dificultades a la hora de determinar el régimen de la mediación respecto de muy variados de sus elementos conformadores. En efecto, por ejemplo, en la actualidad es posible identificar regulaciones no siempre coincidentes en la LMACM y en la normativa especial para la mediación de consumo (PLDRAL y DPMRC). Lo que decimos se puede apreciar en el régimen de aspectos variados, tales como el carácter vinculante de los acuerdos de sometimiento a mediación, el régimen de la suspensión de los plazos de prescripción mientras dura el procedimiento de mediación,³⁰ el régimen a que se somete la exigencia de imparcialidad³¹ o, incluso, el régimen de capacitación que ha de ser exigido a los mediadores. Por ello, en aras de una mejor claridad y seguridad jurídica, a la vez que se establece la aplicabilidad de la LMACM a la mediación de consumo, debería también contemplarse el carácter supletorio de la LMACM respecto del régimen de la mediación de

26. Disponible en el enlace <<https://tinyurl.com/hxywj6a>> [fecha de consulta: 3 de julio de 2017].

27. Disponible en el enlace <<https://tinyurl.com/huoogy7>> [fecha de consulta: 3 de julio de 2017].

28. Informe del CGPJ, pág. 18.

29. BOE n.º 162, de 07/07/2012.

30. Cfr. art. 8 DM; art. 4 LMACM; art. 12 DRAL; y art. 4 PLDRAL.

31. Cfr. art. 4.2 DM; art. 13 LMACM; art. 6 DRAL; y art. 23 PLDRAL.

consumo,³² de tal manera que si alguna concreta cuestión queda regulada por la regulación especial dejará de ser de aplicación el régimen general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

1.3. La mediación de consumo en el Derecho europeo

De la mediación de consumo se ocupan tres textos europeos: 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 (en adelante DM);³³ 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) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante DRAL);³⁴ y el Reglamento 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.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante RRL).³⁵

La DM tiene por objetivo fomentar el uso de la mediación. Aunque así ha llegado a ser entendido,³⁶ la DM no excluye de

su ámbito de aplicación a la mediación de consumo.³⁷ Ahora bien, lo que sí es cierto es que las disposiciones de la DM no contienen especialidades para proteger la posición de una parte vulnerable. Por otra parte, en interpretación de la exclusión que contiene el art. 2.2 d) LMACM, se ha dicho que esta ley no tiene por objetivo impedir la mediación en este ámbito.³⁸ A falta de una especialización en el Derecho europeo, este permite que cada Estado miembro construya el régimen de la mediación de consumo de acuerdo con su propia concepción de la protección, algo que no es incompatible con las directrices, ciertamente muy abiertas, que provienen de la DM.³⁹

Los estándares de protección de los consumidores en la mediación de consumo han sido recogidos en la DRAL. Esta Directiva ha acogido, como mínimo obligatorio a cumplir, la gran mayoría de las previsiones contenidas en la Recomendación.⁴⁰ La DRAL y el RRL poseen un alcance sectorial limitado a los conflictos de consumo y contienen los elementos más tuitivos del régimen de la mediación. El objetivo de la DRAL y del RRL no es evitar los procesos judiciales sino facilitar a los consumidores el acceso a sistemas de resolución alternativa de litigios de calidad, en donde sea posible encontrar un verdadero sustitutivo ágil y flexible a la acción judicial, a través de reclamaciones que se pueden

-
32. En el sentido que por ejemplo ha sido propuesto por la enmienda número 86 del Grupo Parlamentario Socialista al PLDRAL. BOCG Serie A, 23 de mayo de 2017. pág. 51.
 33. DOUE L n.º 136 de 24 de mayo de 2008.
 34. DOUE L n.º 165 de 18 de junio de 2013.
 35. DOUE L n.º 165 de 18 de junio de 2013.
 36. En su informe al Anteproyecto de LMACM el CGPJ mantuvo que la exclusión de la mediación de consumo derivaba del considerando 11 del preámbulo de la DM. En la doctrina, véase Barral Viñals (2015, pág. 819); Conforti (2015).
 37. Ante la cuestión que se le planteó en 2011 respecto de si la mediación de consumo quedaba o no incluida en la DM, la Comisión Europea respondió lo siguiente: «el considerando (11) está relacionado con el art. 3 a) de la DM. Los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional no deben ser considerados como «mediación» en el sentido de la Directiva. Mediación, en el sentido de la Directiva, no tiene un carácter cuasi jurisdiccional, pero es considerado como un procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Por lo tanto, la Directiva no excluye las reclamaciones de los consumidores como tales; sin embargo, la DM no se aplica a las denuncias de consumidores en la medida en que sean de carácter cuasi jurisdiccional». Esta interpretación hoy queda corroborada a la vista del tenor del artículo 3.2 DRAL. En la misma dirección véase especialmente el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 26 de agosto de 2016. Documento COM (2016) 542 final. Y también el documento del Parlamento Europeo titulado «The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2016», que recoge la investigación encargada por el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, disponible en la siguiente página web: <<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>>. Aludiendo a la pretendida coherencia de la Ley española con el ámbito de aplicación de la DM, véase Mas Badia (2017, pág. 172); nuestra opinión en Esteban de la Rosa (2011, pág. 16).
 38. La propia EM de la LMACM hace alusión a la conveniencia de «reservar esta regulación a normas sectoriales». Véase Rogel Vide Gómez Campelo y Blanco Carrasco (2012, pág. 43); Barona Villar (2013, pág. 128-129).
 39. Sobre la posibilidad de una mediación de consumo autónoma véase el interesante trabajo de Stroie (2015).
 40. Citada en la nota 2.

presentar en línea mediante la plataforma europea que ha sido creada.⁴¹

El nuevo Derecho europeo posee un ámbito de aplicación propio adecuado a su finalidad. Por ello, a salvo las excepciones que deben ser deducidas mediante la interpretación, el alcance de las previsiones de la DRAL se circunscribe a las entidades RAL que soliciten, y accedan a la acreditación europea como entidades RAL con arreglo a la DRAL. Esta limitación no impide mantener al criterio europeo, en su valor como *soft law*, también para las entidades no acreditadas. Por otra parte, debido a su carácter de regulación mínima, los Estados pueden elevar los niveles de protección del consumidor respecto del criterio seguido por el Derecho europeo, incluso para las entidades RAL acreditadas. En los puntos siguientes nos ocuparemos de identificar algunos de los elementos que conforman el régimen de la mediación de consumo y esbozaremos alternativas de regulación que tengan en cuenta, además del Derecho europeo, una evaluación de los intereses en presencia. Se considerarán también las experiencias que ofrece el Derecho comparado.⁴²

2. Elementos conformadores de la mediación de consumo

2.1. La admisibilidad de la mediación obligatoria de consumo

El déficit en la adhesión de las empresas a entidades RAL es una de las piedras de toque en el funcionamiento de un sistema alternativo de resolución de litigios de consumo.

Por ello, 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 RAL, y también por la instauración de incentivos/sanciones a una adhesión voluntaria. En materia de incentivos la trayectoria que se ha seguido hasta ahora es más bien corta. No obstante, hay que recalcar que durante la tramitación del PLDRAL se han realizado propuestas con esta orientación que, no obstante, no han sido adoptadas.⁴³ El Derecho de la Unión Europea abre expresamente estas opciones a los legisladores estatales para que decidan, con arreglo a su experiencia, cuándo han de ser usadas.⁴⁴

A la posibilidad de esta mediación obligatoria se refiere de manera general el art. 9 PLDRAL, bajo 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». El mismo precepto se ocupa de establecer los límites. 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». Con arreglo al Derecho europeo se admite que una empresa pueda quedar obligada a participar en un procedimiento ante una entidad RAL cuyo procedimiento finalice con una decisión no vinculante. El arbitraje de consumo obligatorio quedaría así al margen de la cobertura del Derecho europeo.⁴⁵ Desde esta perspectiva, resultan plenamente compatibles con el Derecho europeo disposiciones como el artículo 46.1 n) ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, pues la empresa puede

41. Sobre las funciones de la plataforma y su incardinación en el sistema europeo, véase Vilalta Nicuesa y Barral Viñals (2016, pág. 57-80).
42. Para una visión general sobre los modelos de transposición de la DRAL en algunos países europeos puede verse Cortés y Esteban de la Rosa (2016).
43. Se trata de las enmiendas número 93 y número 94. BOCG Serie A, 23 de mayo de 2017, pág. 54-55. Su objetivo es fomentar la adhesión a las entidades RAL de las empresas concesionarias de contratos de gestión de servicios públicos y de los beneficiarios de subvenciones que presten servicios a los consumidores y usuarios.
44. Según el art. 5.2 DM «La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial». El considerando 49 del preámbulo de la DRAL indica también que «la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de cualquier norma nacional que haga obligatoria la participación de los comerciantes en dichos procedimientos, la incentive o sancione, o que les obligue a aceptar su resultado, siempre que dichas normas no impidan a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal como establece el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».
45. Sin embargo, como es conocido, en el sistema portugués funciona un arbitraje de consumo obligatorio en el ámbito de los servicios denominados como esenciales. Véase la Lei n.º 6/2011, de 10 de marzo, la cual modifica la Lei n.º 23/96, de 26 de julio, Dos Serviços Públicos. Sobre esta temática véase el interesante estudio de la profesora Díez García (2017, pág. 193-195) para quien, como excepción a la regla general de la prohibición del arbitraje obligatorio, podría plantearse un sistema en el que pudiera presumirse la existencia de un convenio arbitral salvo declaración unilateral de voluntad de una de las partes.

optar por quedar adherida a una entidad de mediación, sin tener que optar necesariamente por el arbitraje.⁴⁶

El problema reviste un cariz distinto cuando es el consumidor quien se ve obligado a hacer recurso a la mediación, como paso previo y necesario para acudir a la vía judicial. Aunque se trataba de una directiva sectorial, sobre la compatibilidad con el Derecho europeo del establecimiento de un procedimiento de mediación obligatorio para el consumidor ya se ha pronunciado el TJ en su sentencia de 18 de marzo de 2010,⁴⁷ declarando a un procedimiento de esas características como compatible con el Derecho europeo. Tras la entrada en vigor de la DRAL, este mismo criterio ha sido mantenido por la sentencia del TJ de 14 de junio de 2017 dictada en el asunto C-75/16.⁴⁸ 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».

El hecho de que el TJ haya considerado este sistema como acorde con el Derecho europeo no significa, sin embargo, que los Estados miembros hayan de optar por uno similar. Entre los países miembros de la Unión Europea Italia es de los pocos, si no el único, donde es conocida, de manera

general, una mediación de ese tipo.⁴⁹ Pero esta clase de sistema no es desconocido por el sistema español. Desde 2014 existe un ejemplo de mediación obligatoria en el ámbito sectorial de los conflictos de consumo relativos a créditos hipotecarios. En concreto, el artículo 132.3 del Código de consumo de Cataluña, en la modificación dada por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre,⁵⁰ 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». Desde la doctrina española,⁵¹ y también por parte del CGPJ,⁵² se ha afirmado la posibilidad de considerar normas de este tipo como una violación al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción contemplado en el artículo 24 CE. La cuestión ha llegado al Tribunal Constitucional en virtud del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra este y otros preceptos de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña. Sin pronunciarse todavía sobre el fondo a través del Auto 72/2016, de 12 de abril, el TC ha levantado la suspensión de esta disposición legal. A su juicio, «ni el perjuicio así enunciado, que resulta meramente hipotético, ni la dilación en el acceso a la jurisdicción que pueda implicar el plazo de tres meses, frente a la posibilidad de una más pronta solución del conflicto por vía extrajudicial, constituyen elementos que justifiquen el mantenimiento de la suspensión». Aunque sea de forma indirecta, únicamente se haya levantado la suspensión y el TC no se haya pronunciado sobre el fondo del asunto, cabe compartir la opinión de la profesora Díez García cuando indica que la argumentación del tribunal parece ya revelar, de modo implícito, cuál puede ser su orientación. Con este argumento puede pues extraerse la conclusión de que el derecho de acceso a la jurisdicción no es ilimitado y, que, en

46. El artículo 46.1 n) de la ley del sector eléctrico (BOE núm. 310, de 27 de diciembre), dispone que «las empresas comercializadoras deberán ofrecer a sus consumidores, la posibilidad de solucionar sus conflictos a través de una entidad de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que cumpla los requisitos establecidos por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 y en las disposiciones nacionales de transposición. Dichas entidades habrán de ser acreditadas como tales por la autoridad competente».

47. Asuntos acumulados C317/08, C318/08, C319/08 y C320/08: «Rosalba Alassini y otros contra Telecom Italia». El principio de equivalencia establece la necesidad de que los derechos conferidos por el derecho nacional cuenten con la misma protección respecto de los conferidos por el Derecho europeo; y el principio de efectividad requiere que no se haga más difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión respecto de los reconocidos por el Derecho interno.

48. Véase el considerando 61 y la primera parte del fallo de la decisión.

49. El elevado número de casos y la lentitud de los procesos suelen ser invocadas como las razones de este sistema. Sobre la situación del sistema judicial italiano, véase Cortés y Esteban de la Rosa (2016, pág. 46-49).

50. BOE n.º 18, de 21 de enero de 2015.

51. Conforti (2015).

52. Así se desprende del informe al Anteproyecto de ley RALC.

algunos casos puede ser restringido en aras de la búsqueda de un interés general.⁵³ En esta perspectiva práctica, en los desarrollos normativos que puedan venir en el futuro podrá ser de utilidad tener en cuenta el diferente alcance de la obligación de mediar requerida, dependiendo de la carga que esta mediación pueda hacer recaer sobre el consumidor. Por ejemplo, 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 que evite el litigio. Para determinar la incompatibilidad con el derecho de acceso a tribunales, se podría tener en cuenta el hecho de que la regulación haga necesario que las partes sigan hasta su finalización, y sufragen, el procedimiento de mediación.⁵⁴ El carácter gratuito del procedimiento de mediación, lo que sucede ante las entidades RAL acreditadas (art. 11 PLDRAL), que la entidad RAL cuente con la acreditación europea, o que no sea obligatorio contar con la intervención de un letrado son argumentos que podrán reforzar la misma orientación que se desprende del Auto del Tribunal Constitucional.

2.2. Principios de protección del consumidor para la mediación de consumo

2.2.1 Conocimientos especializados

El artículo 6 DRAL exige que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios estén en posesión de los conocimientos y las competencias necesarios en el ámbito de la resolución alternativa o judicial de litigios con consumidores, así como de un conocimiento general suficiente del Derecho. El artículo 4 DM aborda la cuestión de la formación del mediador de manera más abierta. Si tenemos en cuenta el artículo 3.2 DRAL, y la compatibilidad con la que el Derecho europeo concibe las relaciones entre ambas directivas, al mediador de consumo cabría exigirle el cumplimiento de unos y otros requisitos. Ahora bien, resulta posible que los Estados establezcan requisitos especiales y únicos para la mediación de consumo. En aras de la simplificación, convendrá aclarar que el artículo 22.1 b) ley, o por ejemplo el artículo 2.3 DPMC, contienen los únicos requisitos a cumplir, con exclusión de los artículos 3, 4 y

5 del RD 980/2013, de 13 de diciembre.⁵⁵ Para estos casos resultará de utilidad una disposición como la mencionada que establezca de manera expresa la aplicación preferente, y única, de la normativa especial para la mediación de consumo.

2.2.2. Principios de independencia y de imparcialidad

Las letras b) (mandato suficiente) c) (exclusión de instrucciones) y d) (retribución no condicionada al resultado) del artículo 6 DRAL contienen las exigencias del Derecho europeo relacionadas con el principio de independencia. La financiación pública de la que disponen la mayoría de las entidades RAL que existen en España (*ad. ex.* juntas arbitrales de consumo y OMIC) facilita el cumplimiento de este principio. En el ámbito de las entidades privadas se encuentran en mejor situación las asociaciones de consumidores que, en principio, salvo que sean expresamente excluidas, podrán también optar a la acreditación como entidades RAL europeas. El PLDRAL sigue de manera estrecha la regulación de la DRAL en los artículos 23 a 26. El DPMRC de Catalunya no hace en cambio alusión a este principio, quizás por entenderlo implícito en las entidades que se consideran como acreditadas por ley.

Uno de los puntos en los que se ha centrado el debate parlamentario del PLDRAL es el relativo a la admisibilidad, como entidades RAL, de aquellas donde las personas encargadas de la resolución son empleadas o retribuidas por la empresa reclamada. A pesar de que el PLDRAL contemplaba la incorporación de esta posibilidad al sistema español, el texto finalmente aprobado la ha excluido. Quizás para la toma de una decisión final haya pesado que, salvo Francia, ninguno de los Estados miembros ha admitido la acreditación de esta clase de figuras. Quedan por tanto fuera del ámbito de la acreditación las entidades RAL de ese tipo. Sin embargo, si tenemos en cuenta el papel que esta clase de entidades están desempeñando en la actualidad en la resolución de los litigios de consumo, creemos que resultaría de interés proporcionarles un régimen al que acomodarse, que podría quedar contenido en una regulación, de alcance más general, sobre los servicios de atención al cliente.⁵⁶

53. Véase Díez García (2017, pág. 187-188).

54. Sobre estos diferentes modelos de mediación, a los que da amparo el artículo 5.2 DM, véase De Palo y D'Urso (2016, pág. 11-17).

55. BOE n.º 310 de 27 de diciembre de 2013.

56. Sobre el régimen de los servicios de atención al cliente y la figura de la que tratamos, véase Álvarez Moreno (2017, pág. 257-287).

En cuanto al principio de imparcialidad, tanto el texto de la ley aprobado por el Congreso como la existente en Cataluña contemplan disposiciones para resolver el problema de la falta de imparcialidad o independencia, y las situaciones de conflictos de intereses (art. 24 PLDRAL; arts. 6 y 19 DPMRC). Aunque todas resultan en conformidad con la DRAL, su contenido no es siempre coincidente.⁵⁷

2.2.3. Principio de transparencia

La DRAL obliga a las entidades RAL acreditadas a cumplir con ciertas exigencias relacionadas con el principio de transparencia.⁵⁸ El principio de transparencia posee una vertiente relativamente fácil de cumplir cuando la entidad RAL dispone de unas normas para el procedimiento de mediación de consumo. Mayor problema presenta el cumplimiento de estos requisitos por parte de las entidades privadas. De hecho, en las asociaciones de consumidores, aunque en ocasiones dispongan de manuales para los mediadores, estos no son accesibles. El déficit en este punto se revela también en los procedimientos de mediación ante las juntas arbitrales de consumo, al no contener el RDSAC un régimen para la mediación. La situación de las OMIC respecto del cumplimiento de este punto tampoco es afortunada.

El cumplimiento de la segunda vertiente del principio de transparencia (que obliga a ofrecer información sobre el número de litigios recibidos, tipos de reclamaciones con los que están relacionados; problemas sistemáticos o significativos que ocurran con frecuencia y den lugar a litigios entre consumidores y comerciantes; recomendaciones acerca del modo de evitar o resolver tales problemas en el futuro; proporción de litigios que la entidad de resolución alternativa se ha negado a tratar y porcentualmente los tipos de motivos de tal negativa a que se refiere el artículo 5, apartado 4, [...] la duración media de la resolución de los litigios) no tiene más secreto que contar con medios personales y materiales suficientes. De nuevo las OMIC y las asociaciones de consumidores se encuentran a la zaga, pues en la mayoría de los casos apenas existe información disponible sobre la

actividad realizada, y menos aún agregación de los datos más significativos, o de los problemas recurrentes. Pero las juntas arbitrales de consumo tampoco quedan mucho mejor. Confianza Online sí que hace disponible alguna información, así como las decisiones dictadas por las juntas arbitrales de consumo a las que son remitidos los asuntos que no han sido resueltos a través de la mediación en el Comité de A-Digital. De otras entidades apenas existe información.

2.2.4. Principio de eficacia

El principio de eficacia exige a las entidades RAL que concluyan los procedimientos dentro de los noventa días desde la fecha en que la reclamación ha sido presentada. Aunque la cuestión queda relacionada con el establecimiento de un tiempo en los reglamentos de mediación, las posibilidades de su cumplimiento efectivo reposan también en la suficiencia de medios y personal por parte de las entidades RAL. Para el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo, el acceso a la acreditación europea podría ser facilitado optando por la acreditación únicamente de la fase de mediación. Algo que no prejuzgaría el mantenimiento de un arbitraje de consumo. Por otra parte, a la vista de la diversidad que existe en el funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, no sería descabellado hacer exigible este requisito únicamente a las Juntas Arbitrales de consumo que accedan a la acreditación, pues en la actualidad parece claro que cada Junta habrá de solicitar y obtener su acreditación de manera individualizada.⁵⁹ En la regulación que se ofrece de la mediación de consumo, el artículo 28 DPRC contempla el plazo de los tres meses como tiempo máximo a consumir por completo por el procedimiento de mediación.

2.3.5. Principio de equidad

Bajo la denominación de «equidad», el artículo 9 DRAL da cabida a exigencias de diverso tipo. Las primeras guardan relación con el principio de contradicción. El apartado segundo contiene previsiones para los procedimientos que finalizan con la propuesta de una solución. La DRAL pretende garantizar que el consumidor, antes de comenzar

57. Por ejemplo, mientras que en el procedimiento del artículo 24 PLDRAL se contempla la posibilidad de que el mediador continúe su labor a pesar del conflicto de intereses, cuando no resulta posible el nombramiento de una persona sustituta, esta opción no se contempla por el artículo 19 DPMRC.

58. Un estudio amplio, con visión crítica, de las exigencias de transparencia que provienen de la DRAL, así como la denuncia de la falta de correspondencia del régimen establecido en el Anteproyecto de Ley respecto de las exigencias de la Directiva puede verse en Fuenteseca y Degeneffe (2017, pág. 85-148).

59. Véase la enmienda número 89 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. BOCG Seria A, 23 de mayo de 2017, pág. 52.

el procedimiento, quede informado de que tiene derecho de retirarse del procedimiento en cualquier momento si no está satisfecho con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento. También se obliga a que, antes de que la solución propuesta sea aprobada, se informe a las partes de que tienen la opción de aceptar o rechazar la solución propuesta, o conformarse con ella; de que la participación en el procedimiento no excluye la posibilidad de obtener reparación mediante un procedimiento ante un órgano jurisdiccional; y de que la solución propuesta podría ser distinta del resultado determinado por un órgano jurisdiccional que aplique normas jurídicas. Del mismo modo, antes de dicha aceptación, las partes han de ser informadas del efecto jurídico de aceptar o atenerse a la solución propuesta. Y sobre todo, ha de otorgarse a las partes, antes de dar su consentimiento a una solución propuesta o a un acuerdo amistoso, un plazo de reflexión razonable.

No es posible obviar que a través del acuerdo de mediación el consumidor renuncia a obtener una decisión judicial dictada por un órgano judicial independiente sobre el objeto de su reclamación. Y aunque se le informe de que la decisión podrá ser diferente a la que ofrecería un juez, el artículo 9.2 DRAL no garantiza al consumidor el poder conocer si la solución que acepta resulta similar a la que sería dictada por un juez. La falta de asesoramiento legal independiente puede provocar una renuncia a sus derechos por parte de personas vulnerables, lo que conlleva un riesgo que merece atención.

Muchas de las entidades RAL que existen en España llevan a cabo mediaciones espontáneas, o informales, con el propósito de resolver de manera ágil los conflictos de consumo.⁶⁰ Nada cabe objetar al mantenimiento en el futuro, por parte de las entidades RAL acreditadas, de esta clase de mediación. Pero una vez alcanzado el acuerdo, será preciso que sean cumplidas las exigencias que provienen del principio de equidad.

La DRAL no extiende la protección del consumidor más allá de la fase previa a la prestación del consentimiento sobre el acuerdo de mediación alcanzado. Las vías de impugnación

se reducen prácticamente a la señalada por el artículo 23.4 LMACM, de tal manera que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Más allá de esa posibilidad, la DRAL no contiene una regulación adicional. Para evitar que consumidores vulnerables pierdan la oportunidad de arrepentirse tras haber firmado, un elemento de protección a establecer podría ser el otorgamiento de un plazo de desistimiento del acuerdo alcanzado de unos días.⁶¹

2.3.6. Principio de libertad

La DRAL permite la eficacia de los pactos de mediación de consumo, siempre y cuando no excluyan la vía judicial. Son por tanto conformes con el Derecho europeo las soluciones que establecen el artículo 6 LMACM y el artículo 5 DPMRC. Como consecuencia, en presencia de un pacto, si el consumidor reclama ante los tribunales, el empresario podría invocar con éxito la declinatoria por acuerdo de mediación a que se refiere el artículo 63 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante LEC). La cuestión podría tener un alcance meramente dilatorio, pues si el consumidor pretende recurrir a la vía judicial le bastará con desistir del procedimiento de mediación, una vez que este se haya iniciado o intentado (art. 6 LMACM y art. 5 DPMRC). Pero ya es posible considerar en esta situación una barrera para el acceso a la justicia de una parte débil. Por ello creemos que una tutela más adecuada del consumidor consiste en proclamar sin ambages el principio del carácter no vinculante para el consumidor de las cláusulas de mediación, conservándolo, no obstante, para el empresario. De acuerdo con esto, proponemos también la modificación de la redacción del artículo 63 LEC a fin de excluir que un pacto de mediación de consumo sirva como motivo para que prospere la declinatoria cuando el consumidor sea el demandante.

El legislador español ha identificado esta problemática y le ha dado una respuesta en el texto de la ley de transposición que ha sido aprobado por la Comisión Legislativa Permanente del Congreso. Por una parte, el carácter no vinculante para el consumidor de los pactos de mediación anteriores al surgimiento del litigio ha sido establecido por

60. A esta clase de mediación se refiere expresamente el artículo 23 DPMRC.

61. Véase la enmienda número 49 al PLDRAL. Según su tenor «se entenderá que no se ha alcanzado el acuerdo si en el plazo de tres días desde que haya sido acordado por ambas partes el consumidor comunica su arrepentimiento a la entidad de resolución alternativa de litigios de consumo que haya gestionado la reclamación».

el art. 13 PLDRAL.⁶² Por otra, ha sido modificado el art. 63 LEC a fin de impedir la posibilidad de que prospere la declinatoria, interpuesta por el empresario, en virtud de un pacto de mediación, o de arbitraje, de consumo celebrado con anterioridad al surgimiento del litigio.⁶³

2.3.7. Principio de legalidad

El artículo 11 DRAL, que proclama el principio de legalidad, lo declara aplicable únicamente cuando la decisión de la entidad RAL posee carácter vinculante. La radicalidad con la que se excluye a la mediación de la actuación del principio de legalidad encuentra razón de ser en la dificultad de hallar un punto de equilibrio entre el respeto a las normas imperativas y la cesión que es necesario hacer para alcanzar el acuerdo de mediación. La DRAL parte de la premisa de que, en esta clase de situaciones, los derechos de los consumidores ya están suficientemente protegidos a través de los estándares de calidad enunciados. La pregunta que se plantea es si el legislador estatal debería hacer algo más como, por ejemplo, garantizar al consumidor un asesoramiento independiente o, como hemos propuesto, establecer un plazo de desistimiento del acuerdo de mediación que le permita recabar ese asesoramiento una vez plasmado el acuerdo por escrito.

3. La estructuración de las entidades RAL de mediación de consumo en el sistema español

La DRAL no posee un alcance horizontal, de tal manera que no obliga a todas las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo a quedar adaptadas a los estándares de protección allí diseñados. El cumplimiento de estos estándar

es exigido a las entidades RAL acreditadas con arreglo a la DRAL, que han de quedar vinculadas y ser accesibles a través de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo (*EU ODR Platform*). De hecho, resulta conveniente recordar que el propósito legislativo de la Comisión Europea era crear una plataforma para la resolución en línea de litigios de consumo. Este propósito pronto se vio desbordado ante la necesidad de contar, con carácter previo y en cada Estado miembro, con entidades RAL que ofrecieran una cobertura material y territorial completa a los litigios incluidos en su ámbito de aplicación, y que cumplieran unos estándares de calidad equivalentes. De otro modo, la existencia de una plataforma europea con miras a coordinar el acceso a las entidades RAL en cada Estado miembro podría llegar a constituir una empresa del todo inútil. A partir de esta situación, el legislador español dispone de diversas modalidades para establecer el régimen de la mediación de consumo.

Si el acento se pone sobre el cumplimiento estricto de la normativa europea, la primera modalidad pasa por permitir la coexistencia entre entidades RAL que hayan obtenido la acreditación europea, y entidades RAL no acreditadas que puedan seguir sometidas a otros estándares. La ley de transposición de la Directiva 2013/11/UE se decanta por este sistema cuando en su Exposición de Motivos indica que «aquellas entidades de resolución alternativa que no se encuentren acreditadas de conformidad con el procedimiento establecido en esta norma ejercerán sus funciones en la forma prevista para cada caso». Este parece ser que es el sistema que se contempla por la regulación catalana cuando indica, en su artículo 1.2 DPMRC, que el ámbito de aplicación de esta norma abarca todos los procedimientos de mediación de consumo «que lleven a cabo las entidades acreditadas», conforme a la definición incluida en el artículo 2.2 del presente Decreto, en el territorio de Cataluña.⁶⁴

62. Según esta disposición «no serán vinculantes para el consumidor los acuerdos suscritos antes del surgimiento del litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado no vinculante. Para el empresario el acuerdo será vinculante en la medida en que reúna las condiciones de validez exigidas por la normativa aplicable a dicho acuerdo. Este consentimiento no será necesario cuando el empresario se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento».
63. Según la Disposición final cuarta del texto aprobado por el Congreso se da la siguiente redacción al art. 63 LEC: «Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores, excepto en los supuestos en que exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo y el consumidor sea el demandante».
64. Llama la atención, sin embargo, que exista una definición previa de las entidades acreditadas, y que no se contemple la necesidad de pasar por un procedimiento de acreditación, algo que no resulta en conformidad con el Derecho europeo. En efecto, según el artículo 2.2 del Decreto 98/2014 «Entidad acreditada: lo son los servicios públicos de consumo, las organizaciones de personas consumidoras, las asociaciones y los colegios profesionales, así como las otras entidades que reciban la acreditación mediante una norma con rango de ley».

Si por el contrario se considera que los estándares acuñados para la mediación de consumo, al margen de una obligación de fuente europea, han de formar parte intrínseca del desarrollo de la mediación en nuestro sistema jurídico, entonces lo que habría que hacer sería negar la posibilidad de actuación de mediaciones de consumo a aquellas entidades RAL que no cumplan con los requisitos establecidos, es decir, todas aquellas entidades que no alcancen la acreditación. En la legislación portuguesa esta ha sido la postura seguida respecto del funcionamiento de los Centros de Arbitraje Privado.

Cabe también mantener la coexistencia, permanente o también temporal, entre unas y otras entidades RAL, pero destacando las diferencias importantes existentes entre ellas a través de la creación de una marca de confianza que podría ser utilizada únicamente por las entidades acreditadas.⁶⁵ Esta línea de regulación es la que ha seguido el legislador alemán. Creemos que esta posición resulta positiva, pues, por una parte, permite el mantenimiento de las entidades existentes y, por otra, hace posible evitar la confusión en el consumidor a la hora de optar por las diferentes entidades RAL. También favorece una adaptación progresiva de las entidades RAL que existen en la actualidad al cumplimiento de los estándares europeos. Y por último, se presta a establecer alicientes para la acreditación, como sería por ejemplo si únicamente se asocia el efecto ejecutivo del acuerdo de mediación alcanzado a los procedentes de entidades que cumplan con los requisitos establecidos.⁶⁶

Conclusiones

Este estudio pretende contribuir al debate sobre la construcción de la mediación de consumo en el sistema español. En él hemos podido observar cómo, a pesar de que la DM es de aplicación también a la mediación de consumo, sin embargo sus disposiciones no aparecen perfiladas para la especialidad de la mediación de consumo. Algunos de los elementos de la regulación que proceden de esta Directiva, como el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación, o el principio de confidencialidad, resultan de gran interés también para la mediación de consumo. Aunque la DM no incorpora elementos de especialización para la mediación

de consumo, sus disposiciones resultan lo suficientemente abiertas para que, en el momento de la transposición estatal, sea posible disponer de una regulación adecuada en atención a los intereses en presencia en la mediación de consumo. Por ejemplo, en lo relativo a la eficacia de los pactos de mediación o en lo que concierne a las excepciones al carácter voluntario de la mediación en conformidad con el artículo 5.2 DM.

Las entidades RAL acreditadas en España deberán respetar las exigencias a que se refiere la DRAL. La DRAL, por una parte, es de mínimos, por lo que se impone la necesidad de determinar si el sistema español ha de incorporar en la mediación de consumo elementos de protección del consumidor no contemplados por el Derecho europeo. Por otra, los principios de la DRAL deben ser acogidos teniendo en cuenta la eficacia que hoy en día tienen las entidades de mediación de consumo, que resuelven muchos casos a través de una mediación de tipo informal o espontánea. Resulta necesario hacer una construcción del régimen de la mediación de consumo que dé amparo a esta práctica y, al mismo tiempo, permita el cumplimiento del Derecho europeo.

Por otra parte, a pesar de que el Derecho europeo permite dar eficacia a las cláusulas de sometimiento a la mediación de consumo, esta opción debería quedar excluida del sistema español. De esta manera, si el consumidor acude a juicio no ha de ser posible estimar la declinatoria por existencia de un acuerdo de mediación. Nos congratulamos de que el legislador haya reparado en esta problemática mediante la aprobación del texto en el Congreso de los Diputados. Merece también una reflexión adicional el problema del principio de legalidad y su papel en la mediación de consumo. La concesión de un tiempo para el arrepentimiento podría ser una vía de solución que complete al dispositivo de protección que establece el artículo 9.2 DRAL.

El Derecho europeo que se ha dictado en el ámbito de la mediación de consumo posee un alcance limitado. Esto no significa que el legislador español no pueda considerar los principios que han sido establecidos por el Derecho europeo como auténtico *soft law* a fin de extender su aplicación sobre supuestos para los que no está obligado.

65. Véase en este sentido la enmienda número 95 al PLDRAL.

66. Véase en este sentido la enmienda número 86 al PLDRAL.

De las opciones disponibles creemos que hay buenas razones para permitir la coexistencia, al menos de manera temporal, entre unas y otras entidades RAL, pero destacando

las diferencias importantes existentes entre ellas a través de la creación de una marca de confianza que podría ser utilizada únicamente por las entidades acreditadas.

Bibliografía

- ÁLVAREZ MORENO, M.T. (2017). «Los Servicios de Atención al Cliente como posible mecanismo de ADR en litigios de consumo». En: DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.). *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR* (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n.º 524/2013), Madrid, Reus, pág. 257-287.
- BARONA VILLAR, S. (2013). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 128-129.
- BARRAL VIÑALS, I. (2015). «La mediación de consumo: determinación del marco normativo y diseño de la mediación institucional». En: F. ESTEBAN DE LA ROSA, (ed.). *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 816-848.
- CONFORTI, O. D. F. (2015) «Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apuesta en la resolución de conflictos?». *Diario La Ley*. N.º 8534. [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2015].
- CORTÉS, P.; ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2016). *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España. Una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el Derecho comparado*. Zaragoza: ADICAE.
- DE PALO, G.; D'URSO, L. (2016) «Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings». *The implementation of the Mediation Directive 29 November 2016*, que recoge la investigación requerida por el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. Pág. 11-17. <<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>>
- DÍEZ GARCÍA, H. (2017). «Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo». En: DIAZ ALABART (Dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.). *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR* (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n.º 524/2013), Madrid, Reus, pág. 193-195.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2011). «Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas». *Revista General de Derecho Europeo*. N.º 25, pág. 1-41.
- FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2017). «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: DIAZ ALABART (dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.). *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR* (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n.º 524/2013), Madrid, Reus pág. 85-148.
- MAS BADIA, M. D. (2017). «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)». *Revista Lusó-Brasileira do Direito do consumo*. Vol. VII, n.º 25, marzo, pág. 161-198.
- OROZCO PARDO, G.; MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) (2015). *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*. Madrid: Tecnos.

- ROGEL VIDE, C.; GÓMEZ CAMPELO, E.; BLANCO CARRASCO, M. (2012). «Artículo 2». En: L. GARCÍA VILLALUENGA y C. ROGEL VIDE (dir.). *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos.
- STROIE, I. R. (2015) «¿Es viable un modelo de mediación de consumo autónomo desde el punto de vista de las materias que puedan ser objeto de mediación?». CESCO. [Fecha de consulta: 1 de junio de 2015]. <www.uclm.es/centro/cesco>
- VILALTA NICUESA, A. E. (2014). «Las reclamaciones de consumo en Cataluña y el Sistema de mediación institucional. Análisis del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las reclamaciones de consumo a la luz de la normativa comunitaria y estatal». *Indret*. N.º 4, pág. 1-27.
- VILALTA NICUESA, A. E.; BARRAL VIÑALS, I. (2016). «Puesta en marcha de la plataforma EUR ODR y obligaciones derivadas del Reglamento UE 524/2013». En: AA. VV. *La plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*. Zaragoza: ADICAE, Zaragoza, pág. 57-80.

Cita recomendada

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando (2017). «La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo». En: Aura Esther VILALTA (coord.). «Mediación sectorial y digitalización». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 25, págs. 17-31. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa]
 <<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i25.3092>>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Fernando Esteban de la Rosa
 festeban@ugr.es

Catedrático de Derecho internacional privado (Universidad de Granada)
 Fellow of The National Center for Technology
 and Dispute Resolution (University of Massachusetts, Amherst)

<http://diphd.ugr.es/pages/derecho_internacional_privado/profesorado/festeban>

Derecho internacional privado
 Facultad de Derecho
 Universidad de Granada
 Pza. Universidad s/n.
 18001 Granada
 España

