

¿ES VIABLE UN MODELO DE MEDIACIÓN DE CONSUMO AUTÓNOMO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS MATERIAS QUE PUEDAN SER OBJETO DE MEDIACIÓN?¹

Iuliana Raluca Stroie

Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El presente artículo pretende analizar la mediación como método alternativo de resolución consumo desde el punto de vista de las materias que puede abarcar. ¿Qué puede ser mediable y que no en relación a los conflictos de consumo? Un modelo tradicional de la mediación no parece viable para la solución de todos los conflictos que puedan surgir en el ámbito del Derecho de consumo. Algunos de los principios generales de la mediación, tal y como han sido configurados en la normativa española pueden ser infringidos en el intento de resolver todos los conflictos de consumo mediante este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Palabras clave: mediación de consumo, mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Title: Is it viable an autonomous mediation consumption model from the point of view of the subjects that may be submitted to mediation?

Abstract: This article aims to analyse mediation as an alternative dispute resolution method from the point of view of the subjects that can span. What can be submitted to mediation and what can be not in relation to consumer disputes? A traditional model of mediation does not seem feasible for the solution of all conflicts that may arise in the field of consumer law. Some of the general principles of mediation, as are configured in the Spanish legislation could be infringed in the attempt to settle all disputes by this consumer alternative dispute resolution mechanism.

Key words: consumption mediation, alternative dispute resolution mechanisms

¹ Trabajo realizado con la ayuda de financiación a Grupo de investigación del Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: GI20142888.

Sumario: 1. Introducción. 2. Notas definitorias de la mediación y la dificultad de perfilar una mediación de consumo. 3. Un breve repaso de las características y finalidades de la mediación familiar y su comparación con la mediación de consumo. 4. Algunas materias concretas de derecho de consumo sometidas a la mediación. 4.1. *Conflictos que surgen por existencia de cláusulas abusivas.* 4.2. *Impago del consumidor.* 4.3. *El conflicto colectivo en la mediación.*

1. Introducción

Las relaciones contractuales se caracterizan por el principio de autonomía de voluntad y dentro del amplio abanico de relaciones económicas, las de consumo comparten dicho principio con alguna limitación que se desprende del mandato constitucional a los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. El carácter tuitivo de la normativa consumerista se desprende de la asimetría existente en las relaciones contractuales con los consumidores (el consumidor es la parte débil de la relación contractual frente a la posición de superioridad de las empresas) por lo que se ve limitado su poder negociador frente a los empresarios. Todo ello ha llevado a que la normativa de protección a los consumidores esté cargada de un gran contenido de carácter imperativo que deja un campo limitado de materias de libre disposición. Uno de los instrumentos de protección al consumidor regulados por el legislador español fue, además de la LGDCU de 1984, el arbitraje de consumo mediante el RD 636/1993 que preveía en su articulado que las Juntas Arbitrales podrían desempeñar actuaciones de mediación en relación a los conflictos surgidos entre los consumidores y los empresarios. Este mecanismo alternativo de solución de conflictos que contemplaba la citada ley en su artículo 4, sólo como una de las funciones que podrían desempeñar las Juntas Arbitrales, ha venido desarrollándose hasta que llegó a ser ahora una corriente muy de moda impulsada por la UE. Con todo, la regulación de la mediación de consumo es escasa en el Real Decreto 231/2008 por el que se regula el sistema arbitral de consumo y expresamente excluida de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ello no significa que las relaciones de consumo estén excluidas de la mediación sino que por la especificidad de dichas relaciones se remite a una normativa especial. Básicamente, son tres los motivos por los que las relaciones de consumo quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación general de mediación: i) se trata de una materia que está sujeta a una legislación con carácter imperativo, lo que significa que los derechos y obligaciones no quedan disponibles para las partes; ii) se trata de una materia que se refiere a relaciones jurídicas asimétricas, siendo el empresario la parte fuerte y el consumidor la parte débil del contrato y iii) se trata de una materia que es competencia de regulación de las Comunidades Autónomas. Evidentemente, del gran número y tipologías de controversias que pueden surgir en las relaciones de consumo no todas pueden encontrar una respuesta satisfactoria en la vía jurisdiccional. Los inconvenientes derivan básicamente de la duración excesiva de los procedimientos, la desproporción entre el valor económico de la reclamación y el coste del proceso, la complejidad y el formalismo de los procedimientos judiciales. ¿Pero, es la mediación el instrumento adecuado de resolución de conflicto para cada una de las materias

que puedan generar controversias en las relaciones contractuales de consumo? O, dicho de otro modo ¿pueden ser sometidas a la mediación todas y cada una de las controversias generadas en las relaciones de consumo? Quizás los motivos que nos han llevado a estas preguntas se desprenden de la falta de regulación de un procedimiento de mediación de consumo y allí donde exista (por ejemplo en el Código de Consumo de Cataluña) porque lo que se regule como mediación no sea verdaderamente tal porque no cumple con los principios que tradicionalmente integraban el proceso de mediación.

El hecho de que 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, no regula ninguno de los procedimientos (mediación/arbitraje) en sí no es nuevo, pero a la vista del Anteproyecto de ley de trasposición de la misma al Derecho español, que sigue el mismo modelo que la Directiva y que, lo más probable, no sufrirá mayores cambios, la regulación de la mediación de consumo quedará a cargo de las Comunidades Autónomas que procurarán seguir el ejemplo de Cataluña, pionera en una regulación pormenorizada de la mediación de consumo.

2. Notas definitorias de la mediación y la dificultad de perfilar una mediación de consumo

Se sabe que la mediación constituye un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual son las propias partes las que ponen fin a los mismos mediante un acuerdo que adoptan tras una negociación en la que un tercero, experto, intenta aproximar las posiciones o incluso, –como acepta la mayoría de la doctrina- proponer un acuerdo. Los principios rectores de la mediación son la voluntariedad, la confidencialidad del proceso, la imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora, la flexibilidad del proceso, la igualdad de las partes y la buena fe.

Si tomamos como referencia la única ley autonómica que regula la mediación de consumo –la de Cataluña- observamos que la mediación de consumo deja de ser un proceso facultativo, por lo menos en lo que se refiere a la materia de créditos y préstamos hipotecarios. El Código de consumo catalán, reformado por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, dispone en su artículo 132-4 dedicado a los créditos o préstamos hipotecarios:

«1. Las administraciones públicas catalanas y, especialmente, los servicios públicos de consumo deben garantizar que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos, previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial.

2. El procedimiento de mediación debe tener por objeto buscar acuerdos entre las partes que hagan viable que la persona consumidora conserve la propiedad de la vivienda o, subsidiariamente, la posibilidad de mantener su uso y disfrute. En el marco de este procedimiento, las partes o el órgano de resolución extrajudicial de conflictos pueden solicitar un informe de

evaluación social con un análisis socioeconómico del deudor y las posibles vías de resolución del conflicto en los términos del artículo 133-6.

3. Las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial.»

No nos vamos a detener ahora en analizar la constitucionalidad del precepto ni si la mediación aquí regulada es verdaderamente una mediación² o que el precepto vaya totalmente en contra de la Directiva 2013/11/UE en cuanto esta última admite la iniciación del proceso de resolución alternativa del litigio sólo por parte del consumidor.

Pensemos ahora en la mediación, en general, como un método alternativo, eficaz, sencillo y de bajo coste (ya no gratuito) de resolución de conflictos para el consumidor, en el que interviene un experto para facilitar la negociación entre las parte con el objetivo de alcanzar un acuerdo. Para conseguir dicho objetivo es imprescindible que las partes acudan al procedimiento voluntariamente, pues la mediación requiere tiempo y buena voluntad negociadora. Por otro lado, el mediador será el responsable de conseguir una buena negociación, independientemente de si finalmente se llega a acuerdo o no.

Para la consecución de una buena negociación es decisivo el carácter voluntario de la mediación, pues la posibilidad, que acoge la Directiva, de que la mediación (si bien la misma no se refiere concretamente a la mediación sino a métodos alternativos de resolución de litigios que proponen, imponen o facilitan una solución) pueda ser impuesta por algunos ordenamientos jurídicos, no hace otra cosa que propiciar que la mediación sea un trámite previo vacío de contenido pero necesario para acceder a la jurisdicción³. Se reconoce desde el principio que la mediación de consumo y en general las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) han sido perfiladas y desarrolladas como tal básicamente para evitar que se queden sin solución aquellos conflictos que no llegan a los tribunales por la desproporción entre el valor económico del asunto y el coste del juicio, para evitar formalismos excesivos y la complejidad que comporta un proceso jurisdiccional, en comparación con las sencillez que se puede dar a veces en la discrepancia existente entre las partes y, para evitar el colapso judicial. En ningún momento se ha hablado de la bondad de la mediación de consumo por la tipicidad del conflicto. Pero quizás ello ha sido así porque hasta ahora la mediación se preveía en el seno del proceso arbitral como un intento de lograr el acuerdo antes de que se dictase el laudo y no como un procedimiento

² FRANCO CONFORTI, O.D. en *Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos?*; Diario La Ley, Nº 8534, Sección Tribuna, 7 de Mayo de 2015 se refería a este proceso como un proceso de *inter-mediación*.

³ Cfr. AGUILÓ REGLA, J. en *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*; Trotta, Madrid, 2015, pág. 103: "Un peligro bien real de la emergente mediación en España es su desvirtuación burocrática, su conversión en un mero requisito procesal que hay que satisfacer (y costear) antes de litigar, antes de acudir a la jurisdicción. El acento no debe ponerse, pues, en esas instancias, sino en el cambio de mentalidad y de cultura jurídica que exigen esas instancias para resultar verdaderamente funcionales".

autónomo e independiente. Como veremos más adelante, un procedimiento autónomo de mediación necesita que el conflicto comprenda elementos ponderativos. Difícilmente puede darse una situación de esta clase cuando el conflicto es – como lo es ordinariamente entre consumidor y empresario-esquemático en su planteamiento y obvio en su resolución (vgr. el consumidor no paga la deuda) o, si la solución no es obvia, será porque depende de juicios de hecho (vgr. si la pieza funciona bien o no).

Por otro lado, la existencia de derechos irrenunciables así como el carácter imperativo-tuitivo de la normativa de consumo y la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección de los consumidores, como parte contractual débil, puede chocar con los principios de neutralidad e imparcialidad –mencionados al principio de este párrafo– que deben regir la actuación del mediador.

La confidencialidad es una pieza clave de la mediación y sobre todo de la mediación de consumo, puesto que una de las barreras con la que se encuentran los mediadores de consumo es convencer a las empresas de que este cauce es el más adecuado para la resolución del conflicto. Es transcendental informar a la empresa de la confidencialidad para eliminar el temor a una posible sanción como consecuencia de lo que se divulgue en el proceso de mediación y para salvaguardar su imagen o reputación.

3. Un breve repaso de las características y finalidades de la mediación familiar y su comparación con la mediación de consumo

No se trata en este trabajo de desvirtuar o “hundir” la mediación de consumo, que es una figura novedosa en pleno proceso de consolidación y construcción jurídica, sino de reflexionar sobre algunos de los problemas que pueden surgir con la adaptación de la atípica mediación de consumo a los principios generales de mediación que tuvo como elemento de partida la mediación para la solución de problemas vecinales y la mediación familiar.

Hablábamos en el segundo párrafo de este trabajo del objetivo y el fin de la mediación de consumo. Evidentemente, en lo que a la mediación familiar se refiere el objetivo es distinto, pues en la Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, llama la atención el siguiente párrafo: *«Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral».*

En el ámbito de consumo la improcedencia de querer conseguir un acuerdo de este alcance así como la innecesariedad de preservación de relaciones amistosas y viables entre las partes, evidencia la distinta finalidad que pueda tener la mediación en este campo.

No obstante, pensando solamente en la parte económica del ámbito familiar que se somete a la mediación, podemos señalar que en este caso se trata de bienes que los cónyuges han adquirido a lo largo de su vida marital y que, llegada la separación, tendrán que ponerse de acuerdo para repartir. Se crea de este modo un "pastel" que llegado el momento se tiene que repartir. En el ámbito de consumo no se da esta situación. No hay nada que repartir, se trata de incumplimiento contractual o precontractual de una de las partes. En consecuencia, no sería posible llegar a un acuerdo salvo, que una de las partes renuncie a alguno de sus derechos a favor de la otra. La "mediación" no sería más que "transacción", y su justificación, puramente la de ganar tiempo.

4. Algunas materias concretas de derecho de consumo sometidas a la mediación

4.1. Conflictos que surgen por existencia de cláusulas abusivas

Conforme al TJUE el control de la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores debe ser apreciado de oficio por los tribunales de los Estados Miembros y se tendrán por no puestas si los contratos pueden subsistir sin ellas. Supongamos que un conflicto generado por la existencia de cláusulas abusivas está sometido a mediación de consumo. Primero, el mediador deberá actuar como un juez y practicar el control de abusividad de la determinada cláusula. En segundo lugar, si la cláusula se considera abusiva, la neutralidad del mediador debe quedarse de un lado, pues, si actúa de conformidad con la doctrina del TJUE, la otra parte puede considerar que el mediador toma posición respecto del consumidor. Si no se aprecia la abusividad de la cláusula la situación será la misma pero a la inversa. En tercer lugar, para realizar todo lo anterior, el mediador debe poseer los conocimientos necesarios para realizar el control de abusividad y también ser experto en la doctrina del TJUE. Finalmente, si se llega a un acuerdo de mediación contrario a las interpretaciones que el TJUE ha realizado de las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE, dicho acuerdo no podrá ser homologado. Aunque la mediación de consumo sea una mediación realizada *en equidad* no *en derecho*, no podrá ser homologado un acuerdo que vaya en contra de la doctrina del TJUE y por tanto en perjuicio del consumidor. Por consiguiente, parece difícil someter a la mediación de consumo un conflicto en materia de cláusulas abusivas, en cuanto sólo los jueces tienen la competencia para la declaración de oficio de la abusividad de una cláusula. Además, aunque el mediador tenga los conocimientos y competencias necesarias para actuar de la misma manera que aquellos, será imposible que pueda conservar su neutralidad e imparcialidad en sus funciones.

Con todo, la mediación como tal sigue siendo posible, pero ya no sobre el alcance y validez de la cláusula, sino sobre el tratamiento del "problema" que subyace a la cláusula, que es su supuesto de hecho. Con todo, la mediación así centrada no tendría mucho sentido. Al final, no habría más remedio que llegar a una transacción, renunciando el consumidor en parte a su derecho, salvo que la mediación como tal se convirtiera, más que una

gestión del conflicto, en un esfuerzo, y resultado, de convencimiento de una parte sobre la otra, intentando hacerla ver que no tiene razón.

4.2. *Impago del consumidor*

Pensemos ahora en la variedad de casos en los que se puede producir incumplimiento por parte del consumidor que no paga, bien porque entiende que el bien adquirido es defectuoso, o porque entiende que los intereses son excesivamente altos, o porque hubo una equivocación en el nombre del deudor, o simplemente porque no puede. En todos estos casos se trataría de incumplimiento por parte del consumidor, siendo la contraparte la que debería iniciar un proceso de mediación antes de acudir a la vía jurisdiccional.

Cabe destacar que el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo⁴, que sigue la misma línea de la Directiva 2013/11/UE, excluye de su ámbito de aplicación los procedimientos iniciados o gestionados por los empresarios (art.2.3.b). Sólo en el Reglamento (UE) Nº 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, se prevé la posibilidad de que el procedimiento de resolución de conflicto en línea sea iniciado a iniciativa del empresario. Pero este último se aplica sólo a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados on-line y en este tipo de contratos el pago se debe realizar por lo general con antelación.

Por tanto, no se podría abrir la vía de la mediación hasta que esté iniciado el proceso y sea el consumidor demandado el que solicite el inicio de la mediación en la que la demandante seguramente no esté interesada.

Una vez más, existe el inconveniente añadido de que por lo ordinario faltará la sustancia del conflicto. No hay controversia sobre los hechos, no hay justas y recíprocas expectativas a un determinado *payoff*. O la cuestión es irresoluble por mediación, o al final el falso mediador mete prisa para que se llegue a una "rebaja" transaccional. Y ni eso, porque es más común que el consumidor que no paga sea simplemente insolvente para hacerlo. Y la insolvencia no es materia que se pueda mediar con provecho.

4.3. *El conflicto colectivo en la mediación*

Conforme a la legislación actual relativa a la mediación de consumo, ésta se desarrolla integrada en el arbitraje, de forma que la mediación aparece como una función de los órganos arbitrales y dentro del sistema arbitral. El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, introdujo como novedad en su tiempo la regulación del arbitraje de consumo colectivo en la Sección segunda del Capítulo V.

Conforme al art. 58 de la citada norma,

⁴ <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Aleyconflictosconsumo.pdf>

«1. Las actuaciones se iniciarán por acuerdo del presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial.

2. Adoptado el acuerdo de iniciación de actuaciones, la Junta Arbitral de Consumo requerirá a las empresas o profesionales responsables de los hechos susceptibles de lesionar los derechos e intereses colectivos de los consumidores para que manifestara, en el plazo de 15 días desde la notificación, si aceptan someter al Sistema Arbitral de Consumo la resolución, en un único procedimiento, de los conflictos con los consumidores y usuarios motivados por tales hechos y, en su caso, **para que propongan un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados.**»

Cabe destacar que la referencia al *acuerdo conciliatorio* del art. 58 es ambigua, pues no se trata de una invitación a la mediación como la contenida en el art. 37. ¿Cómo se realizará dicho acuerdo del que habla el artículo 58? ¿Se refiere a la mediación previa del procedimiento ordinario de arbitraje? La respuesta es negativa, pues se trata de un acuerdo que las empresas habrán de proponer a los consumidores afectados y probablemente cada uno de los consumidores podrán aceptarlo o no.

Teniendo en cuenta que la mediación hoy regulada no abarca los conflictos colectivos, difícilmente podremos considerar que dichos conflictos podrían encajar en un proceso de mediación autónomo. Las razones son obvias. Para que un tipo de conflicto concreto pueda ser sometido a la mediación es preciso que contenga elementos ponderativos que no se pueden encontrar en un conflicto colectivo. Los componentes de un conflicto de mediación son los siguientes: actores, intereses, recursos, posiciones y objetivos. En un conflicto colectivo habrá tantos intereses, posiciones y objetivos cuantas personas estén implicadas o afectadas en el mismo. No hay ni siquiera un espacio físico para que resulte posible esta mediación. En la medida, además, que se pueden plantear peligrosas relaciones de agencia entre “negociadores” y colectivos afectados, no sería infrecuente una solución precipitada en daño de los intereses del colectivo.

Por último, debemos recordar que ni la Directiva 2013/11/UE ni el Anteproyecto de Ley de trasposición de la misma hace referencia a la resolución de conflictos colectivos, aunque tampoco los excluye expresamente.