

**“NUEVO” MODELO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE
CONFLICTOS DE CONSUMO A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE
LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS DE
CONSUMO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS POSIBILIDADES DE
SUPERVIVENCIA DE LA MEDIACIÓN Y OTROS MECANISMOS
TRADICIONALES**

Lourdes García Montoro

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El presente trabajo analiza el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo haciendo especial hincapié en que se trata de la regulación de un sistema ya existente como consecuencia de la necesidad de transponer a derecho interno la Directiva 2013/11/UE. En particular, se hace referencia al funcionamiento actual de los sistemas de mediación y arbitraje de consumo y a los posibles sistemas de resolución alternativa de conflictos de consumo que podrían crearse de cara al futuro, sobre todo en el ámbito electrónico. Se comentan también algunas novedades importantes que introduciría el Anteproyecto respecto de la regulación actual en cuanto a los costes del procedimiento y los umbrales de acceso.

Palabras clave: resolución alternativa de conflictos de consumo, persona decisor, mediación, arbitraje, procedimientos electrónicos de resolución alternativa, costes del procedimiento, umbrales de acceso.

Title: “New” approach of the alternative dispute resolution remedies on consumer matters according to the draft bill on alternative dispute resolution for consumer disputes. Special reference to survival possibilities of mediation and other traditional remedies

Abstract: this paper analyses the draft bill on alternative dispute resolution of consumer disputes with particular emphasis on the fact that it contains a regulation for a pre-existing system and that it has been taken only because of the obligation of the member States to transpose Directive 2013/11/UE into national Law. In particular, this paper refers to the existing mode of operation of mediation and arbitration in consumer matters and the future alternative dispute resolution

systems, especially regarding the electronic proceedings. This paper discusses also the most important novelties introduced by the Draft on the cost of the procedure and access thresholds.

Key words: alternative dispute resolution for consumer disputes, natural person in charge of ADR, mediation, arbitration, electronic proceedings for alternative resolution, procedural cost, access thresholds.

SUMARIO: 1. Mediadores y gestores deOMIC: ¿por qué preferir el mediador al personal al servicio de laOMIC? Diferencias entre el servicio de mediación y la actividad llevada a cabo en lasOMIC. 1.1. *Especial relevancia de la imparcialidad del mediador y del gestor deOMIC.* 1.2. *¿Duplicidad de funciones de los mediadores de consumo y gestoresOMIC? Mediación gratuita y mediación de pago.* 2. Sistema de mediación y sistema de arbitraje: la privatización del servicio público. 2.1. *La necesidad de unificar los diversos procedimientos de mediación a nivel autonómico.* 3. ¿Cuáles pueden ser los otros sistemas de resolución alternativa de conflictos de consumo, además de la mediación? 3.1. *Mediación electrónica tradicional y procedimiento simplificado de mediación.* 3.2. *Arbitraje electrónico.* 3.3. *Procesos de negociación automática.* 3.4. *Mediación con amenaza de sanción.* 4. Acreditación de entidades. 5. "No incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal", pero creación de un ADR específico para el sector financiero. 6. Otras cuestiones. 7. Conclusiones.

El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, de conformidad con lo previsto en la Directiva 2013/11/UE a cuya transposición procede, no regula ningún procedimiento de resolución alternativa de conflictos en particular, sino que opta por un sistema abierto en el que diferentes metodologías son posibles si las entidades que las llevan a cabo cumplen con los requisitos de acreditación. Los procedimientos de resolución alternativa de conflictos de consumo están caracterizados por su voluntariedad y sujetos a los principios de independencia e imparcialidad, debiendo ser transparentes, efectivos, rápidos y justos. Se autoriza para la realización de estas tareas tanto a entidades públicas como privadas.

Dado que no se hace referencia un sistema de resolución en particular, el Anteproyecto, siguiendo la definición utilizada en la Directiva, habla de personas decisoras como aquellas encargadas de la resolución del conflicto. El "decisor" podrá ser un mediador, un árbitro o cualquier otra figura, dependiendo de la modalidad en que nos encontremos, y siempre que cumpla los requisitos previstos en el Anteproyecto.

Como veremos, el título de este trabajo cuando se refiere al "nuevo" modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo se debe a la falsa apariencia de novedad que se otorga a un sistema preexistente: la mediación y el arbitraje, junto a sus versiones electrónicas, no son nuevas en nuestro país, sino que lo que ahora se pretende con ocasión de la transposición de la Directiva es seguir utilizando estos sistemas, pero permitiéndose cobrar una tasa por ello.

1. Mediadores y gestores de OMIC: ¿por qué preferir el mediador al personal al servicio de la OMIC? Diferencias entre el servicio de mediación y la actividad llevada a cabo en las OMIC

La necesidad de implantar nuevos mecanismos alternativos de resolución de conflictos de consumo ágiles, efectivos y poco costosos no implica la falta de efectividad de los medios que tradicionalmente se venían utilizando, es decir, la actividad de mediación llevada a cabo por los gestores de OMIC entre consumidor y empresario, sino que surge con ocasión de la necesidad de transponer a derecho interno la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

El gestor OMIC no se limita a tramitar las reclamaciones de forma administrativa antes de su traslado al sistema de arbitraje, sino que entre sus funciones se incluye la realización de tareas de mediación en el conflicto. A nivel regional, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley 11/2005 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha prevé que la Administración regional dirija su actividad permanente a:

- Favorecer la existencia de mecanismos de solución amistosa de las demandas de los consumidores

En cuanto a mediación y arbitraje, el artículo 14 del Estatuto del consumidor castellano-manchego prevé que las Administraciones públicas de CLM cooperarán para poner a disposición de los consumidores y de los profesionales y empresarios sistemas operativos para resolver amistosamente las reclamaciones en materia de consumo [...].

Por otro lado, el Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha publicó en 2009 una carta de servicios de la OMIC¹, en la que se indican los servicios que se ofrecen, entre los cuales se recoge la mediación entre comerciantes y consumidores, junto a la inspección de consumo, recepción de quejas y formación.

Entre las funciones que cabe esperar de un gestor de OMIC se encuentra la realización de labores de mediación entre consumidor y empresario, función que se presupone esencial en el caso de los mediadores de consumo. ¿Existe entonces una duplicidad de funciones o será el propio gestor de OMIC quien siga realizando esta tarea dentro del nuevo sistema de mediación?

Si tomamos en consideración el reciente Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo², su artículo 22 recoge las condiciones que debe reunir la persona que actúe como decisor en una entidad de ADR, entre las que se encuentra un conocimiento suficiente del Derecho, especialmente en

¹http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/cartaservicio/20120518/carta_de_servicios_oficinas_municipales_de_informacion_al_consumidor.pdf

² <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Aleyconflictosconsumo.pdf>

materia de protección de los consumidores y usuarios, así como experiencia en la resolución alternativa o judicial de conflictos de consumidores (además de los clásicos requisitos de independencia, imparcialidad, confidencialidad, etc.). Ello difiere en gran medida de los requisitos exigibles al mediador civil y mercantil previstos en los artículos 3 a 7 del RD 980/2013, que deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación, requisito que se entenderá cumplido si el mediador tiene una formación mínima de 100 horas de docencia efectiva.

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

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

1.1. Especial relevancia de la imparcialidad del mediador y del gestor de OMIC

Uno de los principios que rige el sistema de mediación es la imparcialidad, según se extrae tanto de la Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo como de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pero también el gestor de OMIC actúa de forma imparcial cuando realiza tareas de mediación, pues tanto en el gestor OMIC como en el mediador debe preservarse la independencia; de existir intereses en conflicto con el empresario, la gestión del conflicto no sería imparcial y, por tanto, no sería mediación.

El Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo establece una serie de requisitos en orden a garantizar la imparcialidad del decisor. El artículo 23 recoge la necesidad de que el decisor actúe en todo momento con la debida independencia e imparcialidad, para lo cual se prevé que sea nombrado por un mandato no inferior a dos años; que no reciba instrucciones de ninguna de las partes ni de sus representantes, ni mantenga con ellas relación personal, profesional o comercial; y que la retribución por el desempeño de sus funciones no guarde relación con el resultado del procedimiento. Así mismo, el decisor deberá comunicar a las partes y a la entidad de resolución alternativa de conflictos cualquier circunstancia que pueda suscitar dudas en relación a su independencia e imparcialidad o dar lugar a un conflicto de intereses con las partes, pese a lo

cual podrán éstas prescindir de presentar objeciones y se proseguirá con el procedimiento sin necesidad de nombrar un sustituto.

El texto del Anteproyecto contempla una nueva circunstancia que nada tiene que ver con el gestor OMIC: la posibilidad de que las personas decisoras se encuentren empleadas por organizaciones profesionales o asociaciones empresariales o que sean retribuidas por el empresario al que se refiera la reclamación. El artículo 25 prevé que *“las personas encargadas de la solución del conflicto, que sean empleadas o retribuidas exclusivamente por una organización profesional o una asociación empresarial de la que sea miembro el empresario reclamado, deberán acreditar además de las condiciones y requisitos generales establecidos con carácter general en los artículos 22 y 23, la existencia de un presupuesto independiente, específico y suficiente para el cumplimiento de sus funciones, exceptuando el caso de que formen parte de un órgano colegiado.”* Se establecen así cautelas superiores para garantizar la independencia e imparcialidad de aquellos decisores retribuidos por organizaciones de las que el empresario reclamado sea miembro.

Cuando la persona decisoras se encuentre empleada o retribuida exclusivamente por el empresario a quien se refiere la reclamación, el artículo 26 establece garantías adicionales entre las que se encuentra la necesidad de que su designación se efectúe de forma transparente, debiendo ser nombrada por un órgano paritario en el que tengan representación tanto consumidores como empresarios; estableciendo un mandato mínimo de 3 años de duración e impidiendo trabajar para el empresario en un periodo de 3 años posterior al término de su mandato; tampoco podrán formar parte del Consejo de Administración de la empresa en los 3 años posteriores a su intervención en un procedimiento de resolución. Así podrían evitarse casos en los que, con vistas a una mejora de su posición profesional una vez abandonado el cargo, pudiera verse afectada la imparcialidad del mediador retribuido por el empresario reclamado.

¿Son estas medidas suficientes para garantizar la imparcialidad del mediador o persona decisoras? En el caso de los mediadores vinculados a una Administración Pública, como los que desempeñan sus funciones en el Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha³, la retribución con cargo a presupuesto público podría implicar la imparcialidad del mediador que no se vería presionado por el empresario a mediar en un sentido u otro con vistas a una mejora de su posición profesional en el futuro. Si esto fuera así, también los gestores OMIC serían imparciales, pues ni el abono de su salario ni su rango profesional dependen del éxito de la empresa o del consumidor en el procedimiento de mediación de consumo.

³ Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

Por otro lado, el hecho de que las personas decisoras retribuidas por un empresario no puedan formar parte del Consejo de Administración de la empresa durante un periodo de tiempo tras el abandono de su trabajo de mediador no implica que no se pueda reubicar al trabajador en otro departamento, con lo cual su imparcialidad podría verse igualmente afectada por la promesa de obtener uno u otro puesto en el futuro.

1.2. ¿Duplicidad de funciones de los mediadores de consumo y gestores OMIC? Mediación gratuita y mediación de pago

Según se acaba de exponer, no parecen existir diferencias sustanciales entre las funciones de mediación llevadas a cabo por los gestores de OMIC y la mediación que practicaría un mediador de consumo.

Ello significa que las funciones de ambos podrían solaparse, obligando al consumidor a tomar una decisión en relación al organismo ante el que desea que el procedimiento se lleve a cabo. En este extremo es de especial importancia saber cuál es el coste de acudir a uno u otro sistema, pues mientras que la mediación llevada a cabo por el gestor OMIC sería gratuita, el precio por la mediación de consumo realizada ante una entidad de resolución alternativa de conflictos sería de unos 30 €. No es difícil adivinar cuál será la preferencia del consumidor.

Si se quiere incentivar que el consumidor acuda a sistemas de resolución alternativa de conflictos como la mediación de consumo habrá que impedir que los gestores OMIC realicen funciones de mediación, pues sus funciones se solapan con las del mediador de consumo y lo normal sería que el consumidor optase por intentar resolver su conflicto por la vía gratuita. De mantenerse esta "doble vía" el intento por desjudicializar los conflictos sería en vano, pues no habrá consumidores interesados en acudir a la mediación de pago teniendo a su disposición la mediación vía OMIC y el arbitraje, ambos gratuitos.

2. Sistema de mediación y sistema de arbitraje: la privatización del servicio público

El solapamiento de funciones no solo puede observarse entre la mediación llevada a cabo en la OMIC y la realizada ante una entidad de resolución alternativa de conflictos de consumo, sino que es necesario tener en cuenta también la mediación realizada en el marco del procedimiento de arbitraje institucional.

En España partimos de la premisa de que ya existe un sistema de resolución alternativa de conflictos que es el Sistema Arbitral de Consumo, regulado mediante RD 231/2008, y que utiliza procedimientos de mediación y arbitraje para resolver conflictos con consumidores. El artículo 5.3 de la Directiva 2013/11/UE requiere a los Estados miembros que creen una entidad residual para resolver los conflictos de consumo que no tengan un mecanismo específico, para lo cual el SAC podría ser la Institución adecuada, lo cual no

obsta, de hecho es no solo posible sino también recomendable, que existan otras entidades que consigan la acreditación para llevar a cabo ADR, ya se trate de una entidad privada o de otra entidad pública.

El recurso al sistema de mediación es una práctica muy extendida sobre todo en el ámbito familiar, aunque también en el civil y mercantil, de acuerdo con las premisas de la Ley 5/2012. En cuanto a los conflictos de consumo, la mediación se realiza tradicionalmente en el marco del sistema de arbitraje de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del RD 231/2008, según el cual una vez admitida a trámite 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 ellas o cuando la mediación hubiera sido intentada sin efecto.

Aunque no existe una regulación específica en materia de mediación en consumo al encontrarse esta materia excluida del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles por su artículo 2.2. d), la mediación de consumo ya existe como parte intrínseca del sistema de arbitraje de consumo. A pesar de que no se obliga a las partes a realizar la mediación previa, si al interponer su reclamación ante la Junta Arbitral competente este organismo les recomienda intentar alcanzar un acuerdo en el marco de un procedimiento de mediación previo llevado a cabo por el propio SAC, probablemente accedan al menos al realizar el intento.

Si esto es así, nos encontramos con que los procedimientos de mediación y arbitraje previstos por el RD 231/2008 se realizan de forma consecutiva, primero se intentará alcanzar el acuerdo en la mediación y en caso de fracaso se resolverá el conflicto mediante arbitraje.

Pero si ya existe un sistema de mediación dentro del sistema arbitral, ¿por qué crear nuevas entidades que lleven a cabo procedimientos de mediación, si ante el fracaso de éstas el consumidor será redirigido al sistema de mediación realizado dentro del procedimiento de arbitraje?

La finalidad de cualquier sistema de resolución alternativa de conflictos es proporcionar un método sencillo, rápido y sin coste elevado que sea capaz de atraer al perjudicado por el incumplimiento del empresario a someter su reclamación por una de estas vías. Sin embargo, el arbitraje institucional es caro y lento, y las entidades públicas no pueden soportar los costes que genera el mantenimiento de este sistema.

Lo que ocurre es lo siguiente: se crearán nuevas entidades, públicas y/o privadas, acreditadas para llevar a cabo procedimientos alternativos de resolución de conflictos de cualquier tipo, pensemos en la mediación, servicio por el que podrá cobrarse una tarifa no superior a 30 euros, según lo previsto en el artículo 11 del Anteproyecto. El SAC seguirá admitiendo a trámite las reclamaciones para el arbitraje pero, al prestar ese servicio previo de mediación, podría solicitar también el abono de la tasa, como el resto de entidades acreditadas, con lo cual al final de lo que se trata es de cobrarnos la tasa también para someter la reclamación al procedimiento de arbitraje. Nos

encontramos ante una privatización encubierta de los sistemas de resolución alternativa de conflictos preexistentes.

No se trata solamente de un coste de acceso, los 30 euros de la mediación frente a la gratuidad del sistema institucional de arbitraje, sino que también es necesario tener en cuenta el coste del fracaso: si no se alcanzara un acuerdo en mediación, el consumidor proseguiría su reclamación ante el SAC, pero ya habría perdido los 30 euros que abonó para iniciar el proceso y el tiempo que invirtió en asistir a los encuentros con el empresario en el marco de la mediación.

¿Dónde se encuentra la ventaja de un sistema frente al otro? No parece que el sistema de mediación sumado al arbitraje pueda tener sentido, implantar un nuevo sistema de mediación ante una entidad acreditada sería incompatible con el sistema de arbitraje administrativo. El nuevo modelo lo que pretende es acabar con el arbitraje como servicio público, pretenden cobrarnos por un servicio que hasta ahora era gratuito.

2.1. La necesidad de unificar los diversos procedimientos de mediación a nivel autonómico

El Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo establece el marco a partir del cual las Comunidades Autónomas deberán regular sus sistemas de mediación. De hecho, la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles excluía su aplicación a los conflictos de consumo por tratarse de una competencia transferida a las Comunidades Autónomas.

El problema es ¿cómo conseguimos que la materia se trate de forma uniforme a nivel regional? Tan sólo en Cataluña se ha regulado hasta ahora la mediación de consumo en el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo; mientras que en el resto de autonomías se contempla la posibilidad de acudir a mediación previa en sus Leyes de consumo, pero normalmente no existen servicios específicos de mediación de consumo sino que se remite al consumidor a la actividad mediadora realizada en la OMIC.

No puede otorgarse distinta protección al consumidor de una u otra Comunidad Autónoma, pues su derecho de acceso a los sistemas alternativos de resolución de conflictos de consumo es igual al del resto de ciudadanos con residencia en otras regiones. En Cataluña, por ejemplo, tras la reforma operada en su Código de Consumo por Ley 20/2014, es necesario acudir a mediación en las reclamaciones relacionadas con créditos y préstamos hipotecarios referidos a la vivienda habitual antes de acudir a la reclamación administrativa o presentar una demanda judicial. Nos encontramos ya aquí con una diferencia de tratamiento respecto de lo que ocurre en el resto de autonomías. Lo que persigue la normativa catalana es otorgar un plazo de 3 meses en los que la entidad no podrá solicitar la ejecución hipotecaria y se verá obligada a renegociar el préstamo con el

deudor, aunque la constitucionalidad de esta disposición que limita el acceso a la justicia del acreedor hipotecario es cuestionable⁴.

3. ¿Cuáles pueden ser los otros sistemas de resolución alternativa de conflictos de consumo, además de la mediación?

Como ya mencionábamos al inicio, la Directiva 2013/11/UE propone a los Estados miembros la implantación de sistemas de resolución alternativa de conflictos de consumo, sean estos del tipo que sean, siempre que cumplan con los requisitos de acreditación. Cabe aquí no sólo la mediación, sino también el arbitraje, la conciliación, la negociación, intermediación o cualquier otro nombre que se quiera dar a un procedimiento que busque la resolución extrajudicial de un conflicto de consumo.

En particular, cobran especial relevancia en la sociedad actual los sistemas de resolución de conflictos por vía electrónica, los ODR (*Online Dispute Resolution*) por sus siglas en inglés, previstos por el Reglamento nº 524/2013. Los ODR son capaces de automatizar procesos que deberían llevar a cabo las partes o el tercero neutral y de modelar el proceso mediante herramientas electrónicas que ayudan a la resolución del conflicto.

Las modalidades pueden ser muy variadas, podríamos hablar de mediación electrónica, procesos simplificados de mediación, arbitraje electrónico o procesos de negociación automática, sistemas que se utilizan en la actualidad para la resolución alternativa de conflictos de todo tipo. Tomaremos en consideración cada uno de ellos y comprobaremos si son adecuados para la resolución de conflictos de consumo, y veremos si es posible implantar nuevas modalidades.

3.1. Mediación electrónica tradicional y procedimiento simplificado de mediación

Por medio electrónico, siguiendo la definición proporcionada por el Reglamento Nº 524/2013, debemos entender un equipo electrónico de tratamiento y almacenamiento de datos en el que todas las operaciones de transmisión, envío y recepción se hagan por medios alámbricos, radiofónicos, ópticos u otros medios electromagnéticos.

La **mediación electrónica** ya existe para la resolución de conflictos civiles y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/2012. Aunque esta norma no resulte de aplicación a los conflictos de consumo, no parece descabellada la idea de que pueda crearse un sistema con las mismas características para resolver conflictos surgidos en el ámbito del Derecho de consumo.

⁴ El artículo 15 del Decreto 98/2014 sólo legitima a los consumidores o sus representantes para iniciar el procedimiento de mediación, de forma que si el consumidor no solicitase la resolución del conflicto a través de la mediación, se impediría el acceso a la justicia del acreedor hipotecario, pudiendo constituir una vulneración del artículo 24 CE. En el mismo sentido, PEREZ DAUDI, Vicente, "Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios", Diario La Ley nº 8541, de 18 de mayo de 2015.

La Ley 5/2012 contempla la posibilidad de que la mediación se realice por medios electrónicos, en particular el artículo 24 de la misma prevé que las partes puedan acordar que *“todas o algunas 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.”* Cuando la mediación consista en una reclamación de cantidad que no supere los 600 euros, la Ley recomienda su tramitación preferente por estos medios.

Se observa aquí la posibilidad de que surjan problemas de distinta índole, como la identificación de los intervinientes y la dilación en el tiempo. En cuanto a lo primero, se hace necesario controlar la identidad de los intervinientes en el proceso para evitar suplantaciones de identidad, lo cual podría conseguirse requiriendo la identificación mediante firma electrónica o DNI electrónico. En el procedimiento de arbitraje de consumo electrónico en particular, el artículo 53 del RD 231/2008 considera suficiente el uso de la firma electrónica para garantizar la autenticidad de las comunicaciones y la identidad de las partes, sin perjuicio de la utilización de otras técnicas con las que se pueda obtener el mismo resultado. Una vez se haya identificado suficientemente a las partes por cualquiera de estos medios, las comunicaciones entre ambas podrían realizarse sin requisitos ulteriores de identificación⁵.

Entre los medios electrónicos que la Ley 5/2012 contempla para realizar las comunicaciones entre las partes se menciona expresamente la videoconferencia; sin embargo, no parece adecuado que todas las comunicaciones entre las partes se lleven a cabo por esta vía, sino que cabría pensar que pudieran realizarse también vía correo electrónico o chats/fóruns. De otro modo, intentar alcanzar un acuerdo entre las partes en cuanto a la fecha y franja horaria en la que realizar cada una de las videoconferencias constituiría en sí mismo un proceso de mediación y perdería virtualidad la gestión del conflicto de consumo. Algunos autores⁶ consideran que cuando la mediación se realiza de forma asincrónica como sucede si se utilizan medios electrónicos distintos de la videoconferencia (véase, por ejemplo, el correo electrónico), se trata de un **procedimiento simplificado**.

La mediación electrónica debe ser un instrumento que facilite al máximo la comunicación entre las partes, no pudiendo ser siempre simultánea. A este respecto habría que tener en cuenta la necesidad de establecer plazos para

⁵ BARRAL VIÑALS, I., *“Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña”*, Cap. 19: Hacia la mediación electrónica (a propósito de la mediación electrónica institucional en derecho de consumo), 2011.

⁶ FRANCO CONFORTI, O.D.; *“Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos”*, Diario La Ley nº 8534, de 7 de mayo de 2015.

que las partes emitieran una respuesta. No es viable que el consumidor tenga que esperar en el marco de un procedimiento simplificado de mediación a que el empresario responda a su email dos semanas, y viceversa, pues se perdería la característica de la agilidad. Podríamos poner como ejemplo lo previsto en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, según el cual las notificaciones se entienden practicadas desde el día siguiente a aquel en que conste el acceso del notificado, para lo cual se hace necesario contar con un proceso técnico que permita acreditar cuándo se produce este momento, por ejemplo el acuse de recibo del correo electrónico o el registro de la última ocasión en que se accedió a la plataforma online donde se gestiona el conflicto. La LAE establece un periodo de 10 días para considerar realizada la notificación, transcurridos los cuales sin tener acreditada la misma se considera no realizada. Sin embargo, la mediación es un procedimiento al que el consumidor interesado acude de forma voluntaria, por lo que podrían establecerse plazos más cortos y consecuencias distintas, por ejemplo el desistimiento del proceso ante la falta de respuesta en un periodo determinado. De adoptarse estas características para el proceso, sería necesario comunicarlo a las partes antes del inicio del mismo.

Llegados a este punto, surge la duda de cuál sería la función del mediador en este procedimiento simplificado. Si se limita exclusivamente a presentar la reclamación por vía electrónica al reclamado parece un sistema ineficaz, porque ya el consumidor habrá presentado su reclamación al Servicio de atención al cliente de la empresa con anterioridad. Quizá sería recomendable dotar al mediador de facultades que le permitieran no solo acercar posturas, sino también proponer soluciones imparciales, pues al no realizarse sesiones presenciales ni por videoconferencia parece dudoso que las partes pudieran acordar una solución distinta a la ya alcanzada a través del Servicio de atención al cliente de la empresa reclamada.

Un ejemplo de la mediación electrónica que se viene realizando en España en el ámbito civil y mercantil lo encontramos en la plataforma creada por "Acuerdo justo"⁷, poniendo a disposición del cliente un software que combina la gestión documental del expediente con un sistema de videoconferencia.

3.2. Arbitraje electrónico

Otra de las modalidades de resolución alternativa de conflictos de consumo es el arbitraje, del que también existe una modalidad electrónica regulada en el artículo 51 del RD 231/2008. Este procedimiento se sustancia íntegramente por medios electrónicos, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones. Las Juntas Arbitrales de Consumo podrán habilitar aplicaciones tecnológicas para la administración del arbitraje electrónico, debiendo garantizar la

⁷ http://www.mediaronline.com/Mediar_On-Line/Inicio.html

compatibilidad y el intercambio de información en el sistema arbitral de consumo.

Las notificaciones se entienden realizadas el día siguiente a aquél en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación. Al igual que ocurría en la LAE, se considera que si el interesado no ha accedido al contenido de la actuación arbitral transcurridos 10 días desde que se produjo su puesta a disposición, la notificación se habrá intentado sin efecto y deberá procederse a la publicación edictal.

3.3. Procesos de negociación automática

En el ámbito del derecho de consumo tienen gran relevancia las reclamaciones de cantidad de pequeños importes o *small claims*, especialmente por lo que respecta al ámbito de las telecomunicaciones y en ocasiones también en relación con los suministros.

Este tipo de procedimientos de negociación automática se llevan a cabo sin intervención humana y su ámbito es el de las reclamaciones monetarias donde no se discute más que la cantidad de la compensación que el consumidor debe recibir⁸. Es necesario para ello crear una plataforma en la que las partes puedan realizar ofertas sobre la cantidad que están dispuestas a abonar/recibir, sin conocer la cantidad ofertada por la otra parte en conflicto. Cuando las ofertas llegan a una determinada relación porcentual, se establece el acuerdo de forma automática en la cantidad media de ambas.

Se trata de un mecanismo que puede tener una elevada efectividad en reclamaciones de pequeña cantidad, pero es cuestionable que pueda considerarse como un verdadero sistema de resolución alternativa de conflictos pues falta la figura del tercero imparcial, no existe gestión del conflicto.

3.4. Mediación con amenaza de sanción

Si queremos conseguir el establecimiento de un sistema eficaz de mediación u otra modalidad de resolución alternativa de conflictos de consumo debemos tener en cuenta diversos aspectos, entre los cuales sigue pareciendo un problema la voluntariedad. Es probable que exista falta de interés por parte del empresario de acudir a mediación pues, aunque pudiera verse obligado a acogerse a este sistema (véase, en el Código de Consumo de Cataluña en relación con las reclamaciones referidas a préstamos o créditos hipotecarios), cumpliría el requisito de haberse sometido a mediación simplemente con el hecho de acudir a la reunión informativa y declinar su intención de someterse a mediación.

⁸ BARRAL VIÑALS, I., "Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, *small claims* y plataformas interactivas", Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías nº 34, Enero-Abril 2014.

Una posibilidad podría ser el establecimiento de sanciones para las empresas por no acudir a mediación. Se trata de que la conducta de no asistir a mediación cuando sea obligatoria o cuando las partes así lo hubieran acordado en el contrato disponga la amenaza de un mal que propicie su efectividad. De otro modo, serán muchas las empresas que directamente no acudan a la reunión de mediación.

Pero sólo las administraciones públicas tienen competencia para imponer sanciones administrativas, con lo que el sistema debería encontrarse necesariamente institucionalizado y no podría privatizarse, además de tener que preverse la obligatoriedad de acudir a mediación, lo que se llevaría por delante el principio de voluntariedad sin el cual, según el artículo 6 del Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo, no nos encontraríamos ante un procedimiento de esta índole.

En relación con ello, ya existe un precedente judicial de sanción a una empresa por no acudir a mediación⁹, fundamentado en la *"mala fe procesal, concretada en un abuso del proceso"*.

4. Acreditación de entidades

Una entidad de resolución alternativa de conflictos de consumo debería ser, en términos del artículo 4.1 h) de la Directiva 2013/11/UE, una entidad que, independientemente de cómo se denomine o mencione, y establecida de manera duradera, ofrezca la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa y que esté incluida en la lista de entidades acreditadas que la autoridad competente nacional notificará a la Comisión Europea. En términos muy similares se recoge la definición en el artículo 17 del Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo.

Parece lógico que aquellas entidades que en la actualidad se dediquen a la resolución alternativa de conflictos como pueden ser los organismos de mediación familiar, social, civil o mercantil, que ya disponen de una estructura adecuada a este fin, luchan para conseguir la acreditación en orden a resolver también conflictos de consumo, aunque hasta ahora no hayan trabajado en este ámbito.

Cuál será este procedimiento de acreditación es una cuestión que se deja en manos de la autoridad competente a nivel nacional. El Anteproyecto se refiere en su título III a las entidades de resolución alternativa de conflictos, cuyo artículo 18 establece que éstas deberán disponer de un estatuto o reglamento propio que sea accesible en cualquier soporte duradero y establece cuál deberá de ser su contenido mínimo:

- Organización y forma de financiación,
- Tipos de conflictos que resuelve,

⁹<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/03/23/550c6882268e3e44358b456e.html>

- Causas de inadmisión de reclamaciones,
- Información sobre el procedimiento, sus efectos jurídicos y el coste,
- Forma de nombramiento del decisor, su cualificación y experiencia.

En cuanto al procedimiento de acreditación, se encuentra regulado en el Título V del Anteproyecto, artículos 27 a 34. Se designa como autoridad competente para la acreditación de las entidades a la Presidencia de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN). La solicitud de acreditación deberá contener los datos identificativos de la entidad (incluido domicilio postal y sitio web), información sobre su estructura y financiación, copia del estatuto o reglamento, información sobre las personas decisoras, información detallada del procedimiento, tarifas, duración, idiomas, tipos de conflicto que atienden, causas de inadmisión y acreditación de la independencia e imparcialidad del decisor cuando se encuentre retribuido por el empresario o por organizaciones profesionales o asociaciones empresariales.

El plazo de resolución del procedimiento de acreditación de entidades se fija en 6 meses, si no existiera resolución expresa en este plazo la solicitud de acreditación se entenderá desestimada. Una vez reconocida la acreditación por la autoridad competente, la entidad será incluida en el listado nacional de entidades acreditadas y la AECOSAN notificará esta circunstancia a la Comisión Europea, a fin de que se incluya también a la entidad en el listado consolidado de entidades notificadas por todos los Estados miembros.

En resumen, lo que una entidad necesita para ser acreditada es disponer de unos estatutos o reglamento de organización y funcionamiento y presentar una solicitud de acreditación ante la AECOSAN. A simple vista parece un procedimiento simple. Pero ¿puede la entidad establecer unos estatutos o reglamento de organización en la forma que crea más conveniente? El artículo 18 sólo indica cuál deberá ser el contenido mínimo que integrará este texto, pero da libertad a la entidad para elegir su forma de organización y financiación, así como los tipos de conflictos que resuelve.

Este procedimiento tiene una ventaja y es que, como decíamos al inicio del epígrafe, las entidades que hasta ahora se vienen dedicando a la mediación en asuntos familiares, sociales, civiles o mercantiles podrán solicitar su acreditación como entidad de resolución alternativa de conflictos de consumo sin apenas realizar modificaciones en sus estatutos o forma de funcionamiento.

5. “No incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”, pero creación de un ADR específico para el sector financiero

El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo contempla en su disposición adicional tercera que no se incrementará el gasto público como consecuencia de la implantación de la futura Ley. Sin embargo, es cuestionable que pueda ser así.

El contrasentido de la afirmación “no incremento del gasto público” queda patente en la disposición adicional cuarta del Anteproyecto, donde se prevé la

creación de una entidad de resolución de conflictos de consumo referidos al sector financiero, entidad que habrá de ser constituida por Ley.

¿Cómo se financia entonces este sistema institucional de protección del cliente financiero? La norma pretende crear un nuevo organismo especializado que habrá que financiar con cargo a presupuesto público, pues es poco probable vaya a financiarse gracias al apoyo desinteresado de trabajadores y terceros... O quizá dentro de poco nos encontremos por la calle con esos promotores que antes pedían colaboración para acciones sociales en África solicitando ahora ayuda para la protección del cliente financiero.

Todo ello teniendo en cuenta que ya existe un sistema institucional de arbitraje de consumo, lento e ineficaz, cuyos costes tampoco son soportables para la Administración.

Es más, también podrán constituirse entidades públicas de resolución alternativa de conflictos de consumo, según la definición dada por el artículo 17.1 del Anteproyecto, entidades inexistentes hasta ahora cuya financiación tendrá que realizarse con cargo a presupuesto público. A no ser que se quiera utilizar a aquellos que venían tradicionalmente desempeñando estas funciones (los gestores de OMIC) para que empiecen a actuar como personas decisoras en la resolución alternativa de conflictos de consumo, ahora bien, cobrando una tasa de 30 euros por ello.

El caso es que no será el Estado quien deba asumir los costes del establecimiento de nuevas entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo, sino que son las Comunidades Autónomas quienes ostentan las competencias necesarias en materia de consumo para decidir la forma en que ofrecerán este servicio a los ciudadanos, caso que lo ofrezcan en forma distinta a la utilizada actualmente, pues recordemos que en España ya existen las entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo: el arbitraje y la mediación intra-arbitral como instituciones públicas, y los servicios de mediación/conciliación o similares prestados por entidades privadas que, tras la entrada en vigor de la futura Ley, necesitarán ser acreditadas para seguir realizando su trabajo.

Tomando en consideración los precios de mercado, los honorarios a abonar al mediador/persona decisoras por su participación en un procedimiento de resolución alternativa de conflictos rondan los 100-180 euros por hora de sesión, a los que hay que añadir 100 euros por derechos de admisión y otro porcentaje adicional sobre la cuantía del procedimiento con un importe mínimo de 200 euros. Según esto, solamente poner en funcionamiento el procedimiento de mediación ante una entidad privada nos costaría como mínimo 400 euros. ¿Acaso pensamos que el mismo procedimiento ante una entidad pública tendría un coste cero?

Cabe la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, que finalmente decidirán si implantar nuevas entidades de ADR en sus territorios, se decanten por mantener la estructura actual sin incrementar los costes del procedimiento;

pero en cuanto se empiecen a crear nuevas entidades, por ejemplo la entidad de resolución de conflictos de consumo referidos al sector financiero prevista por la disposición adicional cuarta del Anteproyecto, es inevitable que se incremente el gasto, en contra de lo que prevé la propia disposición adicional tercera.

6. Otras cuestiones

Del Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva sobre resolución alternativa de conflictos cabe destacar:

- Umbral monetario mínimo y máximo, artículo 15.1. e): reclamaciones entre 50 y 3.000 euros. La propia Directiva ya prevé en su artículo 5 apartado 4 d) esta posibilidad.

Podría decirse que las reclamaciones que no alcanzan el importe de 50 € conforman un terreno para la defraudación impune, pero no debería ser así. Recordemos que lo que se pretende es desjudicializar asuntos y descargar el sistema de arbitraje, pero es imposible conseguir este objetivo cuando se imponen límites para acceder al sistema de mediación como el tratarse de reclamaciones de al menos 50€. Muchos de los conflictos entre empresario y consumidor surgen del impago de pequeñas facturas o de la falta de conformidad de productos de importes inferiores a este mínimo. No parece adecuado que se impida acudir a mediación al consumidor afectado por una falta de conformidad en su reproductor de música de 40 € pues no se ofrecen los mismos mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos al consumidor que gasta poco en la compra de bienes que al que ha pagado más, con lo cual se infravaloran los derechos del consumidor que compra un bien más barato, no estando justificada esta diferencia de tratamiento pues el menoscabo de los derechos del consumidor sigue siendo el mismo en un bien de 40€ que en uno de 100€.

- Costes para el usuario de servicios de mediación, artículo 11: el procedimiento podrá ser gratuito o con un coste simbólico que no supere los 30 euros.

Esta previsión implicaría una desprotección (o "infraprotección") de los derechos del consumidor que menos gasta, pues tampoco estará interesado en pagar una cuota de 30€ cuando reclame por vulneración de sus derechos por importe de 50€, por ejemplo, pues sólo obtendría resarcimiento por importe de 20€. Es más, podría ocurrir que el consumidor pagase los 30€ por someter su conflicto al sistema de mediación y no se alcanzase acuerdo al respecto. ¿Qué pasaría entonces con la tasa?

Este requisito es completamente desmotivador pues no incita al consumidor a resolver su conflicto con el empresario por el sistema de mediación dado que su reclamación podría ser inferior al importe que debe abonar como tasa, además de estar pagando una tasa por la tramitación de un procedimiento con el que desconoce si se llegará a obtener una resolución,

teniendo en cuenta que la mediación es voluntaria y podría abandonarse en cualquier momento.

Aquí es necesario reseñar también que, como ya se viene exponiendo a lo largo de todo este documento, de seguir siendo el arbitraje un sistema gratuito, el consumidor no acudiría nunca a mediación y seguiría tramitando sus reclamaciones por el procedimiento arbitral.

- Plazo de resolución de 90 días naturales, artículo 16.1: de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva, este parece ser el plazo adecuado para la resolución de un conflicto de forma extrajudicial.

En el caso de sistemas de resolución alternativa de litigios online habrá que tener muy en cuenta los plazos en los que se deba considerar notificadas a las partes y el plazo que tendrán para responder, debiendo limitarse éste pues de lo contrario se superaría habitualmente el plazo máximo de resolución de 90 días.

7. Conclusiones

La redacción del Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo tiene su razón de ser en la necesidad de transponer a derecho interno antes de julio del presente 2015 la Directiva 2013/11/UE. En España ya contamos con la mediación realizada por los gestores OMIC, el arbitraje de consumo y la mediación realizada dentro de este procedimiento de arbitraje, todos ellos métodos de resolución alternativa de conflictos de consumo.

Lo que probablemente ocurra cuando se adopte la Ley definitiva y entre en vigor será que se empiece a cobrar la tasa por la prestación de estos servicios de los que los consumidores venían disfrutando de forma gratuita hasta la fecha. La consecuencia será la privatización del servicio público de mediación y arbitraje de consumo.

Lógicamente, una vez se ponga en funcionamiento el "nuevo" sistema se publicarán estadísticas que indiquen que las reclamaciones de consumo han decrecido, alagando la eficacia del sistema. Sin embargo, lo que es más probable es que muchos consumidores hayan dejado de reclamar por esos 50 euros que les cobró de más su compañía eléctrica, pues no merecerá la pena realizar los trámites tendentes a someter la reclamación a un ADR no pudiendo verse satisfechas sus expectativas de devolución del importe cobrado indebidamente, pues aunque consiguiera que la empresa accediera a reintegrarle esta cantidad, el consumidor ya habría pagado estos 30 euros por acceder al servicio de ADR, con lo que el balance sería tan solo de +20 euros. ¿Para qué perder el tiempo acudiendo al ADR?