



Trabajo Fin de Grado

**LA MEDIACIÓN EN MATERIA DE
CONSUMO: ANTECEDENTES
HISTÓRICO-JURÍDICOS Y
REGULACIÓN ACTUAL**

Presentado por:

Paula Broseta Barrachina

Tutor/a:

Carmen Lázaro Guillamón

Grado en Derecho

Curso académico 2015/16

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. LA MEDIACIÓN SEGÚN LA LEY 5/2012.....	7
1.1. La mediación.....	7
1.1.1. Concepto y principios informadores de la mediación	7
1.1.2. Ámbito de aplicación.....	18
1.2. La mediación en materia de consumo	19
1.2.1. Estado de la cuestión.....	19
1.2.2. El procedimiento de mediación integrado en el sistema arbitral de consumo	19
a) Acceso del consumidor al procedimiento de mediación	21
b) Posibilidad de recusar al mediador	21
c) Posibilidad de adoptar medidas cautelares	22
d) Desarrollo de las actuaciones	23
e) Terminación del procedimiento de mediación	24
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	
2.1. Los ediles curules y sus competencias en materia de regulación de las ventas por vicios en las cosas objeto de venta	25
2.1.1. Aspectos generales	25
2.1.2. Jurisdicción de los ediles curules y de los pretores.....	27
2.2. Acciones edilicias concedidas al comprador en caso de vicios en la cosa objeto de compraventa	27
2.2.1. La actio redhibitoria	28
2.2.2. La actio quanti minoris.....	28
2.3. Antecedentes romanísticos del acuerdo de mediación	25
3. LA CONCRETA REGULACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO EN LA ACTUALIDAD	29
3.1. Antecedentes normativos y regulación de la mediación	

de consumo.....	29
3.1.1. Las juntas arbitrales de consumo.....	33
3.1.2. Los órganos arbitrales	35
3.2. La mediación dentro del procedimiento arbitral	36
CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA.....	44
ABSTRACT	45

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años se constata que el proceso civil no se muestra como el instrumento más adecuado para resolver problemas en determinados ámbitos del Derecho. Es objeto de este trabajo la mediación, en concreto, en el ámbito del consumo. Si pensamos en los conflictos que surgen de las relaciones entre los adquirentes de productos o los usuarios de los servicios y sus suministradores, es fácil comprender que la vía jurisdiccional no va a resultar, en la gran mayoría de los supuestos, adecuada para dar una respuesta satisfactoria al consumidor; los inconvenientes derivan en parte de la gran desproporción que suele existir entre el valor económico de la reclamación y el elevado coste del proceso. A esto se añade la excesiva duración de la tramitación judicial, su complejidad técnica y el formalismo que acompaña a los procedimientos judiciales, sintiendo el consumidor cierta vacilación frente a los tribunales a causa del lenguaje jurídico y de los rituales herméticos del procedimiento.

Hay que añadir la posible desigualdad que puede existir entre las partes, dado que, el empresario representa el poder económico y con él la fortaleza jurídica.

La situación que estamos exponiendo nos ha llevado a querer buscar en el ámbito del consumo, nuevas formas de resolución de conflictos ajenas a la jurisdiccional. La crisis del proceso judicial ha despertado desde ya hace décadas un mayor interés por los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias, aludiendo a situaciones en las que las partes hacen un esfuerzo y se ponen de acuerdo para evitar la vía jurisdiccional, pero no pueden alcanzar la solución por ellas mismas y se ponen en contacto con un tercero. Tratándose así del arbitraje, la mediación o la conciliación.

La promulgación de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, representó un hito relevante en la legislación española; por una parte, al regular, por primera vez, en el ámbito estatal, algunos aspectos generales de este medio de autocomposición de resolución de controversias que es la mediación, ya que, hasta el momento, se contemplaba principalmente en el ámbito familiar mediante leyes promulgadas por la mayor parte de las Comunidades Autónomas.

Consideramos que debemos destacar los ejes fundamentales sobre los que versa esta Ley 5/2012 y que encontramos en el Preámbulo de ésta, siendo aquéllos: la desjudicialización, la deslegalización y la desjuridificación.

Si hablamos de desjudicialización debemos hacer alusión a la autocomposición, voluntariedad, alternatividad, agilidad y rapidez. Es decir, la desjudicialización de la

mediación significa que las partes, en primer lugar, van a tener la oportunidad de llegar a un acuerdo por ellas mismas, de manera que el acceso a la vía judicial se contemple como última opción y, en segundo lugar, esto sirva para dar una bocanada de aire a los tribunales y poder quitar esa sobrecarga de trabajo, siempre con la ayuda de un mediador neutral e imparcial que servirá de apoyo fundamental a las partes.

Respecto al segundo eje, la deslegalización, se da paso al principio dispositivo que debe regir en las relaciones que son objeto del conflicto.

En cuanto a la desjuridificación, en el acuerdo de mediación no va a ser necesario establecer el contenido del mismo, es decir, se van a establecer pautas y líneas generales a seguir, para dar una mayor flexibilidad y alejarnos de cualquier rigidez jurídica. Es importante destacar una novedad que se establece en este Preámbulo, y es que, se va a recoger el acuerdo de mediación “como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales”. Consecuencia automática del último eje.

Por lo que respecta al contenido del trabajo, en primer lugar, se tratará la institución de la mediación según la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, explicando el concepto de mediación como método autocompositivo de resolución de conflictos, los principios informadores de la mediación estatal en el ámbito civil y mercantil, su ámbito objetivo y subjetivo, y particularidades de su procedimiento, haciendo especial mención al acuerdo que resulta de la mediación y a su carácter ejecutivo.

En el segundo capítulo de este trabajo, vamos centrarnos principalmente en los antecedentes históricos de la mediación, con especial referencia al Derecho Romano, de forma que se explica la figura y la labor de los ediles curules.

Por último, haremos referencia en el tercer capítulo, al antecedente normativo inmediato de la Ley 5/2012, el anteproyecto de la Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo y a la concreta regulación del acuerdo de mediación en materia de consumo en la actualidad. Utilizando para ello, un método histórico-crítico.

1. LA MEDIACIÓN SEGÚN LA LEY 5/2012

1.1. La mediación

1.1.1. Concepto y principios informadores de la mediación

A fin de realizar un análisis de la mediación en materia de consumo, estimamos oportuno partir de un concepto general y, más tarde, profundizar concretamente en el área del consumo.

Varias han sido las leyes protectoras de los derechos de los consumidores, sin embargo, pocas referencias se han hecho a un concepto de mediación legal y unánime, debido a las diversas corrientes y modelos sobre su concepto y principios. En España, en particular, también debido a la diversidad de leyes autonómicas.

En materia de consumo, encontramos el Real Decreto 321/2008, de 15 de Febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo. En él hallamos una regulación escueta de la mediación, en particular, en su artículo 38.1 se recoge: “cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto”.

Por cuanto refiere a la mediación, el precedente legislativo actual de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Su artículo 3.a empieza a dibujar esta figura, entendiendo por mediación “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, 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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”. Se incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”.

La vigente Ley 5/2012 de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ofrece un concepto claro y conciso de la mediación.

En la exposición de motivos de dicha Ley, la mediación se concibe como “un nuevo sistema alternativo de resolución de conflictos, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia”.

Y añade: “entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.”

El articulado de la misma Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, recoge el concepto legal de mediación, concretamente en su artículo 1. En términos de dicho artículo: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

Es necesario matizar este concepto y comentar alguna diferencia con el que otorga la Directiva europea. La Directiva hace referencia al modo de iniciarse la mediación, así como al hecho de que sea un juez el que pueda llevar a cabo la mediación, siempre que no sea responsable de ningún litigio. La Ley 5/2012 nada establece sobre este papel concreto del juez y el inicio de la mediación lo regula como un procedimiento.

De la definición que otorga la Ley 5/2012 se desprende, al igual que de la que otorga la Directiva, que la mediación es una forma de resolver conflictos entre las partes enfrentadas, pero también gestiona e incluso previene los mismos¹.

¹ BARONA VILAR, S. *La mediación de asuntos civiles y mercantiles en España (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 171.

Para Oliveira y Galego,² “la mediación es un método de resolución de conflictos a través de la reorganización social y de la recomposición pacífica de las relaciones humanas, constituyéndose en enclave estratégico para la intervención social”.

Xares,³ define la mediación como: “un procedimiento de resolución de conflictos que consiste en la intervención de una tercera parte, ajena e imparcial al conflicto, aceptada por los disputantes y sin poder de decisión sobre los mismos, con el objeto de facilitar que éstos lleguen por sí mismos a un acuerdo por medio del diálogo y la negociación.”

Para Ortega y del Rey,⁴ la mediación es “la intervención, profesional o profesionalizada, de un tercer experto en el conflicto que mantienen dos partes que no logran, por sí solas, ponerse de acuerdo en los aspectos mínimos necesarios para resultar una comunicación, un diálogo que, por otro lado, es necesario para ambos.”

Para Marsal⁵, la mediación “es un arte. Un arte difícil de afinar, apasionante.” En la misma línea Six⁶, sugiere que la mediación es “a la vez una técnica y un arte, sobre todo un arte, pero el arte requiere mucha paciencia y mucha técnica”. Y que mientras el requiere, como indica Boqué,⁷ creación originalidad e innovación, la ciencia nos remite a otros parámetros tangencialmente opuestos que tendrán que ver más con la eficiencia, la sistematización y la precisión.

Por lo expuesto, la mediación es un sistema alternativo de resolución de conflictos que se adecúa a nuestra realidad actual, es decir, ha aparecido en momentos de inestabilidad y de crisis. Momentos en los que las personas que dejan sus controversias al amparo de la justicia, buscan soluciones fáciles, tempranas, muy económicas, y alejadas de complejos procedimientos judiciales. El “hablando se entiende la gente” se instaura como cauce para asegurar a los ciudadanos, y en particular como explicaremos más adelante, a los consumidores, el acceso a la justicia. Es un modo de terminar con la desincentivación que produce la jurisdicción en

² OLIVEIRA, A. y GALEGO, C. *A mediação sócio cultural: um puzzle em construção*, ACIME-Observatório Da Imagem, Lisboa, 2005, pág. 61, cit. en MARTINEZ USARRALDE, M. J., y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica de la mediación intercultural desde criterios éticos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 17.

³ Citado por MARTINEZ USARRALDE, M.J., y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica...*, cit., pág. 17.

⁴ ORTEGA, R y DEL REY, R. *Guía para el análisis y mediación en la resolución de conflictos. Cómo ayudar a transformar conflictos en relaciones de cooperación*, Bilbao, 1995, pág. 93, cit. en MARTINEZ USARRALDE, M.J., y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica...*, cit., pág. 18.

⁵ Citado por MARTINEZ USARRALDE, M.J., y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica...*, cit., pág.18.

⁶ SIX, J. *Dinámica de la mediación*, Paidós, Barcelona, 1997, pág. 231, cit. en MARTINEZ USARRALDE, M.J., y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica...*, cit., pág. 19.

⁷ BOQUÉ, M^a C., *Cultura de mediación y cambio social*, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 49. cit. en MARTINEZ USARRALDE, M.J., y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica...*, cit., pág. 19.

las personas y una manera de evitar que ellas padezcan la conculcación de los derechos que les corresponden. Es una técnica autónoma que nos hace adoptar una cultura de resolución cooperativa de conflictos.

En cuanto a los principios, ideas, bases o razones sobre los que se asienta esta figura, la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles los concreta en sus artículos 6 a 10, siendo estos: voluntariedad y la libre disposición, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, la neutralidad, la confidencialidad, buena fe y respeto mutuo de las partes.

El primer principio informador, la voluntariedad y la libre disposición, lo encontramos en el artículo 6 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles:

“1. La mediación es voluntaria.

2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.”

La voluntariedad es uno de los pilares fundamentales⁸ sobre los que se asienta la mediación, tanto para las partes como para el mediador. Cada una de las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad y libre disposición, es libre para decidir iniciar el procedimiento de mediación, del mismo modo que son libres a la hora de desistir de este procedimiento, sin ser obligatorio concluir con un acuerdo. Dicha voluntariedad y libre disposición también abarca al mediador que, puede declinar su designación como tal o suspenderlo y darlo por finalizado en el caso de que concurran las circunstancias previstas por la Ley 5/2012.

Este principio de la voluntariedad podría llegar a entrar en contradicción con la cláusula de sumisión a mediación que las partes, en un determinado momento, pudieran haber acordado⁹. En este artículo 6 de la Ley 6/2012 se prevé, que, si las

⁸ GUTIÉRREZ SANZ, M^a R. “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE por la LEY 5/2012 de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la directiva 2008/52 en Francia y España*, HUALDE MANSO, M^a T., (Dir.) y MESTROT, M., (Coord.), La Ley, Madrid, 2013, pág. 219, cit. en GISBERT POMATA, M. y DIEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson, Navarra, 2014, págs. 47.

⁹ MARTINEZ USARRALDE, M^a. y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica de la mediación intercultural desde criterios éticos*, Tirant lo Blanch, 2009, Valencia, págs. 16 y 17.

partes hubieran pactado el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o las futuras, con base a la buena fe, éstas deberán intentar la mediación antes de acudir a la vía jurisdiccional o a otra solución extrajudicial. El hecho de negarse a someterse a la mediación podría considerarse como una lesión a la buena fe, lo que desencadenaría que el tribunal que tuviera que conocer del conflicto pudiera desestimar la demanda posterior interpuesta por el sujeto que no quiso someterse al procedimiento de mediación.

El Anteproyecto de la Ley de Mediación de 19 de Febrero de 2010 ya regulaba el principio de voluntariedad en su artículo 7 declarando que el sometimiento a la mediación es voluntario puesto que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir la misma con un acuerdo. Su artículo 8 aludía al principio dispositivo diciendo que la mediación es voluntaria y que sólo tendría carácter obligatorio cuando así lo establezca la legislación procesal.

La voluntariedad en la conformación del acuerdo de mediación, tiene que ser equivalente a acudir a un proceso de mediación, mantenerse en él o llegar a alcanzar un acuerdo, pero la voluntariedad solo será real si efectivamente nace de la autonomía de la voluntad de las partes. Cuando ese acuerdo surja por imposición imperativa de la ley o por la imposición de alguna de las partes, o existiese algún tipo de obligatoriedad no sólo a acudir a ella, sino también a que finalice con un acuerdo, entonces esto es completamente incompatible e inadmisibles y contrario al principio de voluntariedad. En nuestra legislación española no cabe duda alguna porque su redacción es muy clara y concisa estableciéndose en su artículo 6.3 que, “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”

BARONA VILAR¹⁰ plantea la compatibilidad entre las formas en las que se puede ver impulsada la mediación, ya sea por una vía contractual o por derivación judicial, siendo tan compatibles como la voluntariedad que existe en abandonar la mediación nada más iniciarse, habiendo acudido a ella en cumplimiento del acuerdo de sometimiento a mediación.

Como dice HERRERO PÉREZ-AGUA¹¹, las partes pueden haber acordado que, si entre ellas surgiera alguna controversia, la someterán primeramente a mediación, intentando el procedimiento acordado antes de acudir a la vía judicial.

¹⁰ BARONA VILAR, S., *La mediación de asuntos civiles y mercantiles en España (tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio)*, cit., pág. 179, cit. en GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y...*, cit., págs. 47.

¹¹ PÉREZ-AGUA, H., “El juez y la mediación” en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, BONET NAVARRO, A. (Dir.),

El inicio de la mediación puede estar establecido en un contrato o en una cláusula compromisoria, contrato o cláusula que surge de la autonomía de voluntad de las partes.

Otros autores como TRIGO SIERRA y MOYA FERNÁNDEZ¹², manifiestan que este principio es absoluto al poder estar contemplando al inicio de la mediación en un contrato o en una cláusula compromisoria por nacer esta misma de la propia autonomía de la voluntad de las partes.

En una postura opuesta se manifiesta CASTILLEJO MANZANARES¹³, porque entiende que al forzar el legislador el cumplimiento del compromiso de someter a mediación la controversia se está contraviniendo los principios de voluntariedad y libre disposición de las partes.

Pero eso no quiere decir que las cláusulas que se incorporan a un contrato o el contrato mismo independiente de sumisión de la cuestión litigiosa al proceso vayan en contra del principio de voluntariedad ni del derecho de cualquier persona a poder acceder a los tribunales porque se trata de materias que son disponibles por la voluntad de las partes y cuya finalidad no es excluir el proceso sino intentar, no concluir, un sistema alternativo.

El segundo principio informador, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, lo encontramos regulado en el artículo 7 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles:

“En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.”

Hablamos de igualdad cuando las partes se encuentran en una situación de paridad, en una situación en la que no exista predominio o superioridad como tampoco desventaja o sumisión de la una respecto de la otra. Las partes deben de tener las

Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 34 y 35, cit. en GISBERT POMATA, M. y DIEZ RIAZA, S, *El contrato de mediación y...*, cit., pág. 47.

¹² TRIGO SIERRA y MOYA FERNÁNDEZ, “La mediación civil y mercantil en España y en Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* 32-2012, pág. 102, cit. en GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S, *El contrato de mediación y ...*, cit., pág. 48.

¹³ CASTILLEJO MANZANARES, “La desaparición de la voluntariedad como principio esencial de la mediación con la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario.*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 543., cit. en GISBERT POMATA, M, y DIEZ RIAZA, S, *El contrato de mediación y*, cit., pág. 48.

mismas oportunidades para intervenir. Se debe conseguir un equilibrio entre las distintas posiciones, así como el respeto hacia los distintos puntos de vista, “sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”. El mediador tiene que revelar tanto durante la sesión informativa como durante la mediación cualquier circunstancia que pudiese afectar a su imparcialidad. Si una de las partes, o ambas, desconfiara del mediador, pueden poner fin al procedimiento de mediación.

El tercer principio informador, la neutralidad, lo encontramos en el artículo 8 de la Ley 5/2012 de mediación sobre asuntos civiles y mercantiles, y dice así:

“Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.”

Por tanto, es necesario traer aquí el artículo 14:

“La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.”

Estos dos artículos plasman la importancia de la figura del mediador, que debe de propiciar que las partes en conflicto alcancen un acuerdo, es decir, el mediador, ni decide ni impone una solución, sino que gestiona la situación porque estamos en un procedimiento autocompositivo. Así pues, encontramos una clara diferencia con los terceros que intervienen en los medios heterocompositivos de resolución de conflictos, como son el juez o el árbitro. El mediador debe de facilitar la comunicación entre las partes, velar para que las partes dispongan de toda la información que necesiten, y lograr un acercamiento entre ellas, por remisión al artículo 13¹⁴ de la Ley 5/2012.

¹⁴ Artículo 13 de la Ley 5/2012 “1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

El cuarto principio informador de la mediación es la confidencialidad. Lo encontramos en el artículo 9 de la ley 5/2012.

“1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.”

Este principio afecta a toda la información verbal o documental que se haya obtenido en la tramitación del proceso de mediación. Esta obligación se extiende, no solo al mediador que quedará protegido por el secreto profesional, sino también a la propia institución de mediación y a las partes. En el caso de que se produjera un incumplimiento de este principio por parte del mediador, se generarían las responsabilidades establecidas por el ordenamiento jurídico.

La confidencialidad necesita de la confianza mutua de las partes, y contribuye a la sinceridad en las comunicaciones entre ellas. Es más, se puede llegar a impedir que, la información verbal o escrita que se haya obtenido, no se pueda utilizar en un procedimiento arbitral o judicial posterior. Este procedimiento es en sí mismo

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.”

confidencial. Pero este no es un principio absoluto, cuenta con algunas excepciones, como por ejemplo que lo solicite un juez a través de una resolución judicial motivada en el orden penal, porque las partes dispensen este principio o porque el mediador se haya reunido con una de las partes a solas, esa información puede revelarse a las ambas.

El quinto principio informador se refiere a las partes en la mediación, establecido en el artículo 10 de la Ley 5/2012. En este artículo encontramos la referencia, aunque no en el título, de tres principios importantes como son: la buena fe, el respeto mutuo y el principio de libre disposición

“1. Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

3. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.”

A diferencia del resto de principios, la buena fe y el respeto mutuo no aparecen en el artículo 10, pero sí que se hace referencia a ellos en su apartado segundo. Como la mediación lo que persigue es que las partes por ellas mismas alcancen un acuerdo, estos principios, sobretudo el de la buena fe, deviene fundamental puesto que se requiere siempre cooperación y acercamiento. La mediación no se debe utilizar como un elemento dilatorio y por ello, mientras la mediación esté latente, las partes no van a poder interponer entre ellas ninguna acción judicial o extrajudicial sobre el mismo objeto.

Otro principio que encontramos en este mismo artículo, en lo que se refiere a las partes, sería el de libre disposición, es decir, las reglas y los principios que sobre el procedimiento se establecen son dispositivas y por lo tanto sólo se aplicarán si las

partes no han acordado nada directamente. Se pone de manifiesto la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes, como se plasma en el apartado 1 cuando dice que la mediación se va a organizar en el modo que las partes tengan por conveniente, sujetas siempre, a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, que establece el apartado segundo. Además, las partes no van a poder interponer acción alguna con relación al mismo objeto durante el tiempo que se prolongue el procedimiento y siempre deberán prestar colaboración y apoyo a la actuación del mediador como dice su apartado tercero.

Es necesario destacar que existen otros principios como el de transparencia o el de flexibilidad, que no se escuadran como pilares básicos de la mediación, quizás por considerarse características de las mismas. También es importante su carácter personalísimo, es decir, que las partes deban estar presentes en el procedimiento de mediación, y que puedan recurrir a un representante que actúe en su nombre. Pero la Ley 5/2012 no obliga a las partes a que estén presentes, posibilitando que sean sus representantes legales los que asistan a las sesiones y tomen las decisiones en interés de sus clientes¹⁵.

Una vez hemos hecho alusión a los principios de la mediación, es preciso adelantar, que la mediación se basa en el antiguo contrato de transacción, es decir, desde Roma ya era un método de resolución de conflictos¹⁶. Los antecedentes romanísticos de la mediación los trataremos con más detalle en el segundo capítulo del trabajo, pero es conveniente recalcar el objeto de la transacción. Este objeto debe ser disponible, tal y como pone de manifiesto el artículo 19.1 de la Ley, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

Pero la transacción está sometida a los límites establecidos en los artículos 1809 a 1814 del Código Civil Español. En ellos, se especifica sobre qué materias se puede o no transigir, así como quién puede transigir y quién no. La disponibilidad coincide con los derechos sobre los cuales se puede transigir, es decir, los no incluidos en el

¹⁵ GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 159-175.

¹⁶ Revista Internacional de Mediación núm 0, junio-diciembre 2013, LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El acuerdo de mediación de la ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica. Págs. 83-92.

artículo 1.814 del Código Civil Español: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

Deducimos un claro límite a la autonomía de la voluntad, principio básico y prioritario en la mediación. Esto es, hay intereses generales y específicos que se mantienen al margen del poder de disposición.

Continuando con el estudio del concepto de mediación, se discrepa sobre si debemos de tildar a la mediación, al arbitraje o a la conciliación de medios alternativos de resolución de conflictos. Estimamos que no se configuran como una alternativa a la jurisdicción precisamente porque el ciudadano puede acudir a ellos si así lo desea y, en su caso, posteriormente puede acudir a la vía jurisdiccional. Esto se debe a que no siempre la mediación, el arbitraje o la conciliación consiguen dar una solución al problema o disputa que se plantea. La mediación es más bien una vía autocompositiva que complementa la tradicional vía judicial.

En este contexto además hay que diferenciar a la mediación de otras formas autocompositivas.

Por ejemplo, entre la mediación y la conciliación, el primer rasgo a diferenciar está en la persona que actúa como tercero; en el caso de la mediación, el mediador, trata de que las partes resuelvan sus controversias de forma consensuada, y en la conciliación, el tercero simplemente controla que se cumplan las condiciones que permitan la negociación, así como informar a las partes de las consecuencias que derivan tanto de la adopción del acuerdo como de la falta de éste. Las diferencias que encontramos entre el arbitraje y el proceso judicial con respecto a la mediación también son claras. Los dos primeros son métodos heterocompositivos de resolución de conflictos porque es el juez o el árbitro el que está *supra partes*¹⁷ y resuelve el conflicto a través de una sentencia o de un laudo arbitral¹⁸.

Por lo que respecta al mediador, en la exposición de motivos de la Ley 5/2012, se recoge el estatuto mínimo del mediador. Concretamente en los artículos 11 al 14, se habla de dicha figura, la cual ejerce el papel esencial en el procedimiento. El mediador debe de ser persona natural en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, aun cuando sea una institución la que se dedique a la mediación, ésta deberá designar también a una persona natural para su ejercicio, persona que debe de cumplir con los requisitos

¹⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 174.

¹⁸ GONZÁLEZ PILLADO, E., *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 171 y 173.

previstos en la Ley. El mediador deberá contar con una titulación universitaria oficial o formación profesional superior y otra específica relativa a la mediación.¹⁹

1.1.2 Ámbito de aplicación

En el artículo 2 de la Ley 5/2012 de mediación sobre asuntos civiles y mercantiles, se delimita el ámbito sobre el cual se va a aplicar dicha norma:

“1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La mediación penal.
- b) La mediación con las Administraciones públicas.
- c) La mediación laboral.
- d) La mediación en materia de consumo”

En este artículo se pone de manifiesto que la mediación producirá sus efectos jurídicos cuando la materia de la controversia que estemos tratando recaiga sobre derechos subjetivos de carácter disponible, o sobre derechos y obligaciones que estén a disposición de las partes según la legislación aplicable. Otra vez se pone de manifiesto el principio de libre disposición referido anteriormente.

Este artículo 2 de la Ley 5/2012 debe interpretarse sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación autonómica en materia civil, es decir, en la mediación que verse sobre asuntos civiles, se aplicarán directamente las leyes autonómicas, pero si la mediación versa sobre asuntos mercantiles, se aplicarán la Ley 5/2012, por quedar en manos de la administración central y ser competencia del Estado.

A pesar de que en este artículo se hace alusión a los conflictos transfronterizos, no se hará mención a ellos por no ser objeto de estudio de dicho trabajo.

¹⁹ SEGUÍ TALENS, J, *La mediación, breves apuntes sobre la mediación y su regulación por el RD5/2012 y la Ley de apoyo al emprendedor de 28 de septiembre de 2013*, ed., fe d'erratas, Madrid, 2014, págs. 35-41.

En el apartado segundo de dicho artículo se fija que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma: la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo, es precisamente ésta última, el objeto esencial de análisis en este trabajo.

1.2. La mediación en materia de consumo

1.2.1. Estado de la cuestión.

La cuestión de la que partimos es muy clara, ¿por qué se excluye la mediación en materia de consumo de la Ley 5/2012?

Como ya se adelantaba en el apartado anterior, estamos hablando de una cuestión competencial, es decir, este artículo 2 de la Ley 5/2012 se debe interpretar sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes autonómicas en materia civil. Así cuando la controversia verse sobre asuntos civiles se aplicarán las normas del derecho civil promulgadas por las comunidades autónomas; mientras los asuntos mercantiles quedan en manos del Estado. A continuación, se expone el porqué de dicha exclusión, así como explicar el procedimiento a seguir sobre mediación en materia de consumo.

1.2.2. El procedimiento de mediación integrado en el sistema arbitral de consumo

El Preámbulo de la Ley 5/2012 de 6 de Julio, deja los conflictos de consumo al amparo de la normativa autonómica: “Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.”

Si acudimos a las leyes autonómicas de protección a los consumidores y usuarios, nos damos cuenta de que, en ellas, apenas se hace mención al procedimiento de mediación en materia de consumo.

Esa carencia se explica por la flexibilidad que caracteriza al procedimiento de mediación en materia de consumo, es decir, como en la mediación siempre prevalecerá la voluntad de las partes, este procedimiento intenta adaptarse a las peculiaridades del conflicto y alejarse de la rigidez del proceso judicial. No obstante, siempre se van a respetar unas garantías mínimas o pautas comunes porque, aunque

no exista un procedimiento homogéneo, cada Junta Arbitral de Consumo es la que establecerá su propio procedimiento de mediación prearbitral²⁰.

A continuación, explicaremos detalladamente los pasos a seguir dentro del procedimiento arbitral de consumo.

Una vez que se presenta la solicitud de arbitraje, es el presidente de la Junta Arbitral de Consumo el que verifica la competencia territorial y el que se cerciora de que concurran o no alguna causa de inadmisión de dicha solicitud. Si no existiesen dichas causas es porque efectivamente estamos ante un convenio arbitral que es válido, así el Presidente dicta resolución incoando el procedimiento arbitral e invitando a las partes a la mediación previa.

En caso contrario, si se tratase de un convenio arbitral que no es válido, antes de iniciar el procedimiento, se traslada dicha solicitud de arbitraje al reclamado, haciendo constar que ésta ha sido admitida, y darle un plazo de quince días para que manifieste si acepta o no el arbitraje y la mediación previa. Transcurrido dicho plazo sin que conste la aceptación del arbitraje por el reclamado, se ordenará el archivo de la solicitud. Por el contrario, si el reclamado contestara aceptando el arbitraje, el Presidente dicta un acuerdo de iniciación del procedimiento y en su notificación al reclamante también deberá constar expresamente la invitación a la mediación previa. Así una vez que se admite a trámite dicha solicitud de arbitraje se intenta siempre una mediación entre las partes como trámite previo a la designación del órgano arbitral, aunque el artículo 38.1 RDSAC, parece excluir esta mediación en dos casos, es decir, cuando alguna de las partes se oponga a ella; o, cuando conste que la mediación ya ha sido intentada sin efecto. Disposición que debe ser interpretada en sus justos términos.

Debido a la voluntariedad, las partes no están obligadas a tener que llevarla a cabo, aunque a ello se hubieran comprometido, pero sí que es cierto que, en caso de negativa a prestarse a ella, dicha actitud deberá de ser motivada, llegando incluso a tener que indemnizar a la otra parte perjudicada por daños y perjuicios, sobre todo en aquellos casos en los que el incumplidor sea un empresario. Los motivos deberán exponerse en la primera sesión informativa que tienen las partes con el mediador.²¹

²⁰ BLANCO CARRASCO, M., "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro" *Anuario jurídico y económico Escorialense*, XLII, 2009, págs. 130-152, cit. en GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 227.

²¹ VIOLA DEMESTRE, I, "La Mediación en asuntos civiles y mercantiles" *Revista chilena de derecho y ciencia política*, agosto-diciembre 2012 págs. 159-187, cit. en GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 192.

Hay que tener en cuenta que, si la mediación entre las partes ya se hubiera intentado, por ejemplo, ante una Asociación de Consumidores, y no hubiera acuerdo, en este caso, no se volvería a intentar la mediación, sino que directamente se daría paso al procedimiento arbitral.

En este contexto de la mediación en materia de consumo, las cuestiones que creemos esenciales son:

- a) Acceso del consumidor al procedimiento de mediación
- b) Posibilidad de recusar al mediador
- c) Posibilidad de adoptar medidas cautelares
- d) Desarrollo de las actuaciones
- e) Terminación del procedimiento de mediación

a) Acceso del consumidor al procedimiento de mediación.

Los consumidores pueden acceder a la mediación con o sin representante legal o con o sin un tercero (persona de confianza) que le acompañe durante todo o parte del procedimiento, es decir, al consumidor no se le exige la postulación en ningún caso, es decir, abogado y procurador. Solo se requiere la presencia de las partes para que puedan dialogar y alcanzar un acuerdo entre ambas. Ahora bien, si alguna de las partes quiere acudir bien con abogado, bien con un procurador puede hacerlo como en el caso en el que una de las partes fuera persona jurídica, aquí sí sería necesario comparecer a través de sus órganos de representación. En caso de que fuesen varios consumidores los afectados, éstos pueden comparecer a través de una Asociación de Consumidores²².

El procedimiento de mediación deberá de ser gratuito para los consumidores o desde luego que se trate de cuantías muy moderadas.

b) Posibilidad de recusar al mediador

Como ya hemos visto previamente el mediador no tiene potestad para imponer una solución, debe ser una personal absolutamente neutral e imparcial. Es por ello por lo

²² CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., "La mediación de consumo en el arbitraje institucional", 2009 *Workshop internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*, Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de Septiembre de 2009, págs. 1-11., cit en GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 230.

que en el caso de que empresario o consumidor tuvieran dudas sobre su imparcialidad, éstos pueden recusarle²³.

El mediador en el procedimiento arbitral está sujeto a los mismos requisitos de independencia e imparcialidad a los que estaría un árbitro.

c) Posibilidad de adoptar medidas cautelares

Un aspecto del principio de eficacia que debe informar la mediación es la celeridad, lo que significa que, el litigio sea tramitado dentro del plazo más breve posible; pero aun así es un trámite que requiere necesariamente su tiempo, lo que puede determinar que sea necesario que se adopten medidas cautelares. Es por ello que haremos alusión al artículo 10.2 de la Ley 5/2012:

“2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.”

En el artículo 10, apartado 2 inciso segundo se regulan las consecuencias procesales del inicio de un procedimiento de mediación previo al proceso judicial. Prohíbe que se pueda iniciar un proceso judicial cuando se haya iniciado un procedimiento de mediación. También permite la adopción de medidas cautelares u otras medidas urgente imprescindibles para evitar la pérdida de derechos. El inciso tercero del mismo precepto, prevé que la parte puede invocar la existencia de un compromiso de sometimiento a la mediación a través de la declinatoria.

El árbitro puede adoptar medidas cautelares a instancia de parte, salvo acuerdo en contrario de las partes, pero no tiene potestad para hacerlas cumplir, así, si las partes no las cumplieran voluntariamente, se debería acudir a los órganos jurisdiccionales. En

²³ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores*, INC, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, pág. 419., cit. en GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 231.

la mediación, el mediador no tiene potestad para adoptar medidas cautelares, pero si las partes están de acuerdo se pueden acordar.

Ahora bien, el principio de eficacia también supone que el mediador tiene la obligación de controlar el comportamiento de las partes durante el procedimiento para asegurarse de que continúan comprometidas con la búsqueda de una solución adecuada y justa; pero si el comportamiento de una de ellas no es satisfactoria, se les informará para que valoren si deben seguir el procedimiento de la mediación. Con ello, si el mediador considera que los derechos de alguna de las partes se puedan ver afectados de no tomarse una medida cautelar, si bien él no puede adoptarla, se debe intentar un acuerdo entre ambas que posibilite la existencia de dicha medida cautelar. Si no se consigue este acuerdo, la parte perjudicada puede solicitar al juez la adopción de esa medida cautelar. De esta manera se debería de reconsiderar la continuación en la mediación, pudiendo ser motivo de finalización de la misma.

Las medidas cautelares dentro de la mediación no son entendidas como tales, sino como el establecimiento de una salvaguarda ante situaciones de urgencia²⁴.

d) Desarrollo de las actuaciones

Después de la primera sesión informativa, si las partes están dispuestas a continuar, seguirían el resto de sesiones, siempre en el menor tiempo posible y concurriendo simultáneamente las partes junto con el mediador. Aquí las partes estudiarán las posibilidades que tienen. Éstas pueden reunirse por separado con el mediador, pero siempre se deberá de informar a la parte contraria todo lo comentado en dichas sesiones y dando traslado de toda la documentación que se hubiese entregado.

A diferencia del proceso judicial y del arbitraje, la celeridad es necesaria en la mediación, sobre todo para evitar que, si efectivamente dichas reuniones terminasen sin un acuerdo, no se produzca una dilación excesiva del posterior procedimiento de arbitraje.

Es cierto que la mediación, sobre todo en materia de consumo, se caracteriza por su flexibilidad, pero en realidad lo conveniente sería fijar un plazo máximo de duración del procedimiento. Duración que después podría prorrogarse. No obstante, lo afirmado, la celeridad en la mediación no se puede establecer como exigencia puesto que siempre

²⁴ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores...* cit., pág. 421, cit. en GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 232.

se deben de respetar las garantías mínimas y llevar a cabo todas las actuaciones que sean necesarias²⁵.

La mediación se basa en el diálogo, en la renuncia de la propia victoria y en la renuncia de la derrota del adversario, precisamente para acercar posturas, para que ambas empaticen y comprendan la situación del otro. Cooperación, buena fe, honestidad y sinceridad son valores clave que se requieren para mediar.

Las partes también van a tener la posibilidad de practicar las pruebas que consideren. La práctica de las mismas se desarrollará con cierta informalidad y flexibilidad, respetando, eso sí, los derechos y libertades fundamentales de las partes a la hora de la obtención de la prueba. En particular, en la mediación en materia de consumo, solo se practicarán aquellas pruebas que sean aceptadas por ambas partes, si estas no llegasen a un acuerdo acerca de las pruebas a practicar, se pondría fin a la mediación y se acudiría a otra vía.

e) Terminación del procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación, también el que se desarrolla en el ámbito del consumo con carácter prearbitral, puede terminar de dos formas, con o sin acuerdo entre las partes. En ambos casos el resultado se recogerá en un acta.

En el caso de que la mediación finalice sin acuerdo, se distinguen varias posibilidades en función de los factores que hayan imposibilitado el acuerdo. Es posible que alguna de las partes, en un momento determinado, y de forma justificada, haya decidido desistir del procedimiento. Puede ser que sea el propio mediador el que decida suspenderlo por considerar que las posiciones de las partes son irreconciliables o porque concurra otra causa de conclusión como puede ser la mala fe de alguna de ellas. También puede ocurrir que se haya desarrollado hasta el final el procedimiento de mediación, pero las partes no acepten la propuesta de solución que formula el mediador, una vez transcurrido el plazo que se les otorga para estudiarla²⁶.

En cualquier caso, la terminación de la mediación sin que las partes alcancen un acuerdo significa que el mediador debe devolver el expediente a la Junta Arbitral de Consumo, a efectos de continuar el procedimiento arbitral.

La mediación solo resultará realmente provechosa para las partes si consiguen alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas que evite el consiguiente arbitraje.

²⁵ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores...* cit., pág. 421, cit. en GONZÁLEZ PILLADO, E., *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 233.

²⁶ GONZÁLEZ PILLADO, E., *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 241.

Satisfactorio, porque de lo contrario, si la parte insatisfecha no cumple lo acordado, no se habrá conseguido evitar la intervención de los órganos jurisdiccionales.

Por ello, como apunta MEJIAS GÓMEZ²⁷, la mediación, y más concretamente el acuerdo que a través de ella se alcance, debe estar informado por los principios de equivalencia, satisfacción, no vencimiento y ejecución voluntaria.

2 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la antigua Roma, los vendedores, a fin de lucrarse, ya atribuían a sus mercancías características que seguramente no poseían, y eso provocaba que los compradores realmente no adquirieran productos en buenas condiciones y que de ahí surgieran conflictos o discusiones entre comprador y vendedor. Problemas idénticos a los que se plasman en la actualidad entre empresarios y consumidores. Era la figura de los Ediles Curules la que gestionaba una posible solución a esas controversias en ferias y mercados.

2.1 - Los Ediles Curules y sus competencias en materia de regulación de las ventas por vicios en las cosas objeto de venta.

2.1.1- Aspectos generales

Durante la República existieron magistraturas que tenían una esfera y unas facultades imperativas limitadas. Sus titulares poseían *potestas* pero no un poder general de mando. Una de esas magistraturas era la de los ediles curules.

Los ediles curules eran de la clase de los patricios, fueron una de las Magistraturas de la República de la Antigua Roma. En la formación de determinados sectores del Derecho romano influyeron considerablemente. Magistrados del orden subalterno, tenían a su cargo el mantenimiento del orden de la ciudad (*cura urbis*), el abastecimiento de los alimentos, sobre todo del trigo (*cura annonae*) y la organización de los juegos públicos (*cura ludorum*). Como consecuencia de estas funciones estaban encargados del buen funcionamiento del mercado público y administraban la justicia en los litigios surgidos en este campo concreto. En el ejercicio de esta

²⁷ MEJIAS GOMEZ, F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009, págs 34-39, cit. en GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia...*, cit., pág. 240.

jurisdicción, influyeron en la formación y desarrollo del Derecho Romano de compraventa, de manera análoga a como influyó el pretor en otros campos.²⁸

Tenían funciones de policía de calles, ferias y mercados, inspeccionaban el urbanismo y se encargaban de vigilar las ventas, contaban con la facultad de poder imponer multas, así como de cobrarlas, ello les permitía poder financiar los festejos públicos ingresando así las cantidades en los municipios. También se encargaban de vigilar a las meretrices. Es decir, los Ediles Curules, a diferencia de los ediles plebeyos que eran los magistrados de la plebe, eran magistrados jurisdiccionales, esto es, ejercían jurisdicción en los litigios de mercado y en algunos asuntos de policía. Los pretores ejercían una función distinta puesto que éstos se encargaban de administrar la justicia penal y privada que había en la Antigua Roma.

En un principio los Ediles Curules pretendieron acabar con los numerosísimos fraudes que se daban a la hora de practicar la venta de los esclavos. En estas ventas destacaba la falta de honradez de sus vendedores y las condiciones infrahumanas en las que los esclavos se encontraban en el momento de la venta. Es por ello por lo que los Ediles Curules establecieron la obligación al vendedor de tener que informar al comprador de los posibles defectos describiéndolos en los carteles que se tenían al lado del esclavo.

La reglamentación legal de los vicios ocultos en la compraventa la encontramos en su Edicto, conservado por el Digesto y llamado *Edictum Aedilium Curulium* o Edicto Edilicio, codificado junto con el Edicto Pretorio, por Juliano y Adriano. Poco se sabe de su contenido, tan solo, que la compraventa estaba regulada en dos partes: una, *de mancipiis vendendis* (venta de esclavos) y otra, *iumentis vendendis* (venta de animales de tiro). El texto del Edicto, en lo que se refiere a la responsabilidad del vendedor por vicios no ha sido conservado por el Digesto.

El *Edicto Edilicio* se aplicaba exclusivamente a las ventas que se llevaban a cabo en Roma por estar sometidos a la jurisdicción de los *aediles*. Por ello, si el comprador decidía interponer la demanda ante el Pretor, el *Edicto Edilicio* no se aplicaba. En las provincias no hubo ediles, y en las provincias senatoriales solo *quaestores*, que suplían a éstos. En las provincias imperiales ni unos ni otros.

El *Edicto Edilicio* se refería a las ventas de esclavos y de animales de caballería, pero no todas las ventas de animales que se realizaban eran de caballería, por eso a dicho

²⁸ DE CHURRUCA, Juan y MENTXAKA, Rosa. *Introducción histórica al Derecho romano*.8. ed.,rev, Bilbao: Universidad de Deusto,1997, págs. 71-82.

Edicto se le añadió una cláusula bajo la denominación de “ganado”, que abarcase a otros animales.

2.1.2- Jurisdicción de los ediles curules y de los pretores

Los ediles curules se encargaban de la vigilancia de ferias y mercados y por ello, su jurisdicción versaba sobre los contratos que en estos lugares se celebraban, disponiendo del *ius edicendi*. El Derecho Edilicio es una rama del Derecho Honorario, emanada del Edicto anual establecido por estos magistrados, llegando a ser sistematizado junto con el Edicto del Pretor. A estos magistrados se les debe la creación de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* que trataremos más adelante. Estas acciones siguen siendo en nuestro Derecho actual la base fundamental del sistema protector del comprador por los vicios de la cosa.

Si hablamos de la jurisdicción²⁹ de estas distintas figuras, como son el pretor y el edil, llegamos a la conclusión de que mientras el Pretor entendía tanto de acciones civiles como de las pretorias en su propia creación (jurisdicción unitaria), en el caso de los Ediles no sucede lo mismo: Los Ediles Curules limitan su jurisdicción a las acciones por ellos creadas, no pudiendo conocer de las acciones civiles. Así, la *actio empti* - acción de compra- no puede plantearse ante ellos, así como las acciones edilicias no pueden plantearse ante el pretor urbano o peregrino. Esta división jurisdiccional quizás sea la razón por la que el Edicto Edilicio amplió la protección del comprador en las ventas que contempla, a supuestos en que hubiera podido bastar la protección de la *actio empti*, provocando una superposición de remedios en el supuesto en que las acciones edilicias coincidan con las civiles.

Los Ediles ofrecen así dos acciones: la *actio redhibitoria* y la estimatoria o *quantum minoris*. La primera permite recuperar el precio pagado devolviendo la cosa comprada; a través de la segunda, se puede obtener una reducción del precio, en la medida del menor valor que tiene la cosa por razón del vicio. Las tratamos más detalladamente en el apartado siguiente.

2.2- Acciones edilicias concedidas al comprador en caso de vicios en la cosa objeto de la compraventa.

²⁹ MORALES MORENO, A., M., "El alcance protector de las acciones edilicias", *Anuario de Derecho Civil*. Vol 33.Nº3, 1980, págs. 596-599.

2.2.1- La actio redhibitoria³⁰.

Con esta acción el comprador podía exigir la rescisión del contrato y que se le devolviera el precio entregando la cosa, haciendo que el vendedor tenga de nuevo lo que hubiera tenido.

Los ediles otorgaban al comprador esta acción, la cual se tenía que ejercer dentro del período de los seis meses inmediatos a la terminación del contrato.

2.2.2- La actio quanti minoris³¹.

Los ediles otorgaban esta acción como alternativa a la acción redhibitoria. Mediante esta acción, el comprador, dentro del año siguiente a la finalización del contrato podía exigir una disminución proporcional en el precio, pudiendo ser intentada tantas veces como vicios se descubriesen.

2.3- Antecedentes romanísticos del acuerdo de mediación

Para poder explicar la mediación debemos remitirnos a sus antecedentes romanísticos, siendo éstos, la transacción³² dentro del procedimiento formulario romano. El esquema a desglosar sería el siguiente: existe un comprador que celebra un contrato de compraventa con el vendedor, siendo la cosa objeto de dicho contrato viciada. El comprador disponía dentro del procedimiento romano de dos acciones a las que anteriormente he hecho alusión; la *actio redhibitoria* y la *actio quanti minoris*.

A grandes rasgos, los principales momentos procesales³³ que encontramos son:

- La fase ante el Magistrado (*in iure*) desarrollada ante el Pretor o los ediles. En esta fase precede la comunicación de la fórmula que el actor debe hacer al futuro demandado siguiendo los pasos correspondientes para ello, a saber:

a) La *editio actionis*: donde antes de citarse a juicio, el actor debe comunicar al demandado la acción que va a ejercer, así como advertirle de su propósito. De incumplirse éste propósito el Pretor concedería en favor del reo la *actio in factum*.

b) *In ius vocatio*: citación a juicio

³⁰ MORALES MORENO, A., M., "El alcance protector de las acciones edilicias", cit., pág. 604.

³¹ MORALES MORENO, A., M., "El alcance protector de las acciones edilicias", cit., pág. 605.

³² MORALES MORENO, A., M., "El alcance protector de las acciones edilicias", cit., pág. 698.

³³ MORALES MORENO, A., M., "El alcance protector de las acciones edilicias", cit., pág. 610.

c) *Comparecencia in iure*: Las partes debían comparecer ante el Magistrado para que se produjesen una serie de actos.

En este momento, tras la fase *in iure*, podemos observar que de producirse algunos actos, el proceso podría quedar paralizado. Una de las causas de la paralización del mismo y la que nos interesa destacar, es la *transactio*. La transacción está vinculada a la mediación porque es un contrato que se celebraba ya en la Antigua Roma por el que, cada una de las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa ponen fin al litigio o evitan que pueda surgir, es decir, es un acuerdo entre las partes que hace que finalice el litigio, al igual que sucede con el acuerdo de mediación. La transacción también tiene lugar en el proceso ante los ediles curules, como antecedente al acuerdo de mediación en materia de consumo³⁴.

- La segunda fase es la *apud iudicem*, desarrollada ante el Juez. Una vez acabada la *litis contestatio* y obtenida la fórmula, empezaba la fase ante el Juez, es decir, comenzaba la comparecencia de las partes, la práctica de las pruebas y el pronunciamiento de la sentencia.

Explicado el esquema somos conscientes de que la mediación no es una institución reciente, por el contrario, tiene una gran tradición que encontramos tanto en el Derecho Romano como en nuestro Derecho Histórico, constituyendo una figura muy cambiante debido al variado entorno social y al juego de intereses de los grupos sociales.

3 - LA CONCRETA REGULACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO EN LA ACTUALIDAD

3.1 - Antecedentes normativos y regulación de la mediación de consumo

Muchos de los diversos derechos que se conceden a los consumidores no resultaban claramente reconocidos en determinados litigios de consumo, especialmente los de cuantías inferiores. Por ello, la mediación en el área del consumo es especialmente mimada por la Unión Europea, por lo que el derecho de acceso a la justicia que se les reconoce a los consumidores y usuarios cree, no solo en una simplificación de estos procedimientos, sino también en buscar otras alternativas, otras técnicas y otras

³⁴ Revista Internacional de mediación núm 0, junio-diciembre, LÁZARO GUILLAMÓN, C., "El acuerdo de mediación de la ley 5/1012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles...", pág 84-86.

metodologías que permitan intervenir en la controversia de una manera más rápida, más flexible y eficaz.

Han sido muchas las resoluciones europeas que tratan de garantizar el derecho al acceso a la justicia a través de la creación de nuevos procedimientos extrajudiciales, donde destacan especialmente la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Entre las últimas iniciativas europeas de mecanismos alternativos de resolución de conflictos:

Determinar los principios que se les aplicaría a los órganos que son responsables de la solución extrajudicial de resolución de conflictos, que ha sido realizada a través de dos recomendaciones: la recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos que son responsables de la resolución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE) y la recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo (2001/310/CE).³⁵

La creación de dos redes europeas que den a conocer los mecanismos de resolución de conflictos en el extranjero para que los consumidores puedan conocer los extrajudiciales tanto nacionales como internacionales y así ser los litigios transfronterizos tratados. Estas son: la red extrajudicial europea y la red para la solución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros³⁶.

También destacamos el Libro Verde sobre las medidas alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y también mercantil, COM (2002), que remitió a todos los estados miembros de la Unión Europea, un cuestionario para que se pronunciaran sobre si era necesario regular los mecanismos de resolución de conflictos a nivel europeo. Las respuestas en positivo de los distintos países dio lugar a la elaboración de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 21

³⁵ BLACO CARRASCO, M, "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", en *Anuario jurídico y económico Escorialense*, XLII, 2009, 129-152, pág. 135.

³⁶ "Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (2.000/C 155/01). DO C 155 DE 6.6.2000. Se trata fundamentalmente de establecer una base de datos que recoja los órganos extrajudiciales que cumplen los requisitos de la Recomendación 98/257/CE y de facilitar la creación de puntos centrales nacionales de intercambio de información que permitan constituir una red a escala comunitaria. Asimismo, y siendo consciente de que existen órganos extrajudiciales de resolución de conflictos que no cumplen las indicaciones establecidas en la anterior recomendación, se propone su inclusión en dicha red tratando de establecer unos criterios comunes que garanticen la calidad, equidad y eficacia de dichos órganos. Esta red comenzó oficialmente el 16 de octubre de 2001 y después de una primera fase experimental se elaborará un informe completo para evaluar su efectividad, Cit. en BLACO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...* pág.136.

de Mayo den 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁷.

En nuestro país, la mediación tiene un alcance más limitado. En nuestro artículo 51 de la Constitución Española, encontramos una manera de acceder a la mediación en materia de consumo “1- Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Es decir, estamos ante una exigencia constitucional de la necesaria mediación para proteger los intereses de los consumidores y usuarios frente a las vías tradicionales que, no pueden hacer frente a nuevas circunstancias de nuestra sociedad actual.

Como cada vez es mayor el interés hacia este tipo de figuras entre las que están la mediación, la conciliación o el arbitraje, se han ido promulgando numerosas leyes para la protección de los consumidores.

Destacamos el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo³⁸, pero hay más remisiones a la mediación a nivel autonómico, teniendo los Estatutos de Autonomía competencia en materia de mediación. La mayor parte de los Estatutos del consumidor o Leyes autonómicas de protección de los consumidores y usuarios se refieren a la mediación. Destaca la Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los consumidores y usuarios de Baleares, que reclama en su artículo 20, que se regule la mediación y que en el proceso se contenga una fase de alegaciones para el reclamado y otra fase de información para el reclamante; y la Ley 16/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las personas consumidoras y usuarias del País Vasco, que también manifiesta la necesidad de la regulación de la mediación en su artículo 12.

No hay que olvidar que la mediación en materia de consumo está integrada dentro de otro sistema alternativo de resolución de conflictos como es el arbitraje. Es una

³⁷ “Diario oficial de la Unión Europea 25.4.2008 L136/3, Cit. en BLACO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...*pág.138.

³⁸ “Artículo 38. Mediación en el procedimiento arbitral.

1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.
2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.
3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.”, Cit. en BLACO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...*pág.140.

actuación propia de los órganos arbitrales y está situada dentro del complejo sistema arbitral. A su vez, el sistema arbitral está regulado actualmente en la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, y por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo. Este Real Decreto modifica el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo. Se modificó por lo expresado en la Ley 44/2006, de 29 de Diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, donde se requirió al Gobierno para que se hiciera cargo de importantes reformas, para que elabore un texto único que introduzca todas las modificaciones realizadas en la Ley 26/1984, para la defensa de consumidores y usuarios. Esta previsión se cumplió con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Destacamos que, en esta Ley, en su Título V, se regula el acceso de los consumidores a la justicia al tratar sobre “procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios”, en cuyo capítulo II se refiere al Sistema Arbitral de Consumo³⁹.

En su disposición final sexta, requiere que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno, contando con el compadecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia de Consejo de Consumidores y Usuarios, dicte una nueva regulación del sistema arbitral de Consumo, regulando también el arbitraje virtual. Esta previsión se ha cumplido recientemente en el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero, por el que se regula el sistema Arbitral de Consumo.

Entre las principales novedades introducidas por el Real Decreto 231/2008, destacan las siguientes:

1. Facilita la resolución de controversias inferiores a 300 euros, admitiendo la posibilidad de que sea un solo árbitro, y no tres como es habitual, el que resuelva el conflicto⁴⁰.
2. Regula el arbitraje de consumo colectivo⁴¹ y el arbitraje electrónico.

³⁹ MUERZA ESPARZA, J.J. “*El sistema arbitral de consumo*”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 77.

⁴⁰ “Según el artículo 19, esto será posible cuando las partes así lo acuerden o cuando lo acuerde el presidente de la Junta Arbitral de consumo, y siempre que la complejidad del asunto así lo aconseje”, cit., en BLACO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...*pág.141.

⁴¹ “Regulado en el capítulo V, Sección 2.ª. Su objeto es resolver los conflictos originados cuando, por la misma causa, una empresa o profesional haya podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios y afecte a un número determinado o determinable de éstos. En el caso de que la empresa acepte someter el conflicto al arbitraje de consumo se llamará a los consumidores afectados para que defiendan sus intereses a través de la

3. Crea la Comisión de las Juntas arbitrales de Consumo⁴² y el Consejo General del sistema arbitral de Consumo⁴³.
4. Se recoge una mención expresa a la mediación en el procedimiento en su artículo 38.

3.1.1- Las Juntas arbitrales de consumo.

Las Juntas Arbitrales de consumo, por un lado, es un órgano administrativo del sistema arbitral de consumo, ya que oferta y administra este servicio. En el artículo 5 del RD 231/2008, establece que “son órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros”.

Se distingue la Junta Arbitral Nacional y las Juntas Territoriales, constituidas estas últimas a través de un convenio en el que colaboran las Administraciones y el Instituto Nacional de Consumo, y están integradas por un Presidente y un Secretario que son designados por la Administración de la que depende la Junta Arbitral.

La Junta Arbitral de consumo se encarga de dirigir todo el procedimiento arbitral para que el sistema se desarrolle de manera adecuada, siendo una de sus funciones, la mediación del conflicto. En el artículo 6 de del RD 231/2008 se recogen las funciones de las Juntas Arbitrales de consumo, y destacamos el apartado f) que establece: “Asegurar el recurso de mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38”.

A su vez, el artículo 38 del RD 231/2008, alude a la mediación en el procedimiento arbitral y dice:

publicación del Diario Oficial que corresponda según el ámbito territorial del conflicto.”, cit., en BLANCO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...*pág.143.

⁴² “Es un órgano colegiado cuya función principal es establecer criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo y resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones del presidente de la Junta Arbitral en lo relativo a la admisión o no a trámite de una solicitud de arbitraje”, cit., en BLANCO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...*pág.146.

⁴³ “Es un órgano colegiado de representación y participación en materia de arbitraje de consumo. Sus funciones, recogidas en el artículo 15 del Real Decreto, incluyen las de realizar propuestas para mejorar el sistema de arbitraje de consumo, aprobar programas de formación de árbitros, establecer criterios homogéneos sobre la creación de órganos arbitrales y especializados y habilitar instrumentos que favorezcan la cooperación y comunicación entre las juntas arbitrales y los árbitros.”, cit., en BLANCO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...*pág.147.

“1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.

2. La mediación se registrará por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta.

3. En todo caso, quien actúa como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.”

Y la mediación va a ser desarrollada por la Junta Arbitral de Consumo, antes de iniciar el procedimiento, tal y como lo plasma el artículo 37.3 del RD 231/2008:

“En el supuesto de no apreciar la existencia de causas de inadmisión de la solicitud:

Si consta la existencia de convenio arbitral válido en cualquiera de las formas previstas en el artículo 24, apartado 1 a 3, el Presidente de la Junta Arbitral acordará la iniciación del procedimiento arbitral y ordenará su notificación a las partes.

En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa en los supuestos en que proceda y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presente los documentos que estime pertinentes o proponga las pruebas de que intente valerse.

Si no consta la existencia de convenio arbitral previo o éste no es válido, en el plazo previsto en el apartado 4, se dará traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado haciendo constar que ésta ha sido admitida a trámite, dándole un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje y de la mediación previa en los supuestos en que proceda, así como para, en su caso, constatar a la solicitud formulando las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presentar los documentos que estime pertinentes o proponer las pruebas de que intente valerse.

Transcurrido dicho plazo sin que conste la acotación del arbitraje por el reclamado, el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo, ordenará el archivo de la solicitud,

notificándosele a las partes. En la notificación al reclamante de la resolución de archivo de actuaciones se hará constar expresamente la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje.

Si el reclamado contesta aceptando el arbitraje de consumo, se considerará iniciado el procedimiento en la fecha de entrada de la aceptación de la Junta Arbitral de Consumo, debiendo dictar su Presidente, no obstante, acuerdo expreso de iniciación del procedimiento. En la notificación al reclamante del acuerdo de iniciación del procedimiento se hará constar expresamente la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje y la invitación a la mediación previa, en el caso de que no conste realizado este trámite.”

Además de toda la normativa que recoge el RD 231/2008, también pueden mediar las Oficinas Municipales de Información al Consumidor que, informan al consumidor sobre cómo deben llevar a cabo sus reclamaciones, informan sobre el sistema arbitral, e incluso pueden desarrollar la mediación en los conflictos entre consumidor y empresario antes de que se inicie el procedimiento del arbitraje o antes de iniciar una reclamación por la vía judicial.

3.1.2- Los órganos arbitrales

Para cada litigio concreto será necesario nombrar un órgano arbitral, designado por el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo entre todos aquellos que se encuentren acreditados, según establecen los artículos 16 y 17 del Real Decreto 231/2008.

Un órgano arbitral puede ser o bien unipersonal, o bien, colegiado. Es unipersonal si lo han acordado las partes o lo haya establecido el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo, siempre que estemos hablando de cuantías inferiores a 300 euros y de no demasiada complejidad. Es colegiado en el resto de situaciones; e integrado por tres árbitros, tal y como establece el artículo 20 de RD 231/2008 y serán elegidos entre los que hayan sido propuestos por la Administración, las organizaciones empresariales y las asociaciones de consumidores y usuarios.

Entre sus funciones encontramos la de la conciliación, tal y como establece el artículo 42.1 del RD 231/2008: “El órgano arbitral dirigirá el procedimiento con sujeción a lo dispuesto en esta norma, pudiendo instar a las partes a conciliación.”

De esta forma se habilita al órgano arbitral para intentar conciliar a las partes, de forma que en caso de avenencia el resultado del arbitraje será un acuerdo. Este acuerdo

podrá recogerse en un laudo, denominado “laudo por acuerdo”, otorgando al mismo la fuerza vinculante y el respaldo ejecutivo judicial que tiene cualquier laudo.

De todo lo expuesto podemos observar que dentro del sistema arbitral de consumo se llevan a cabo dos actuaciones distintas: la mediación y la conciliación⁴⁴. La mediación la desarrollan las Juntas Arbitrales de Consumo antes de iniciarse el procedimiento arbitral y la conciliación la llevan a cabo los órganos arbitrales una vez iniciado el procedimiento arbitral.

De esta forma, la mediación en el ámbito de consumo es considerada como un paso previo al arbitraje, que puede solicitarse:

- Antes de la remisión al sistema arbitral, presentando la reclamación o queja antes las Asociaciones de Consumidores, los organismos de consumo o algunos órganos especializados de ciertos sectores como los seguros.
- Una vez remitida la reclamación al sistema arbitral pero antes de conocerse el conflicto por el órgano arbitral. Las Juntas Arbitrales desarrollarán la mediación antes de la constitución del órgano arbitral. Una vez constituido éste no podemos hablar de mediación, sino de conciliación, desarrollada por el árbitro único o por el colegio arbitral.

3.2- La mediación dentro del procedimiento arbitral

El Real Decreto 231/2008 recoge por primera vez en el sistema arbitral de consumo un artículo que se dedica expresamente a la mediación

“Artículo 38. La mediación en el procedimiento arbitral.

1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.
2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta.
3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.”

⁴⁴ ABELLÁN TOLOSA, L, *El sistema arbitral de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 400.

Es la primera normativa estatal que se refiere a la mediación, pero, aun así, lo hace de manera imprecisa. Esta falta de concreción no es algo casual, tal y como podemos apreciar en la Exposición de Motivos del Real Decreto 231/2008, cuando afirma que entre los objetivos de esta regulación se encuentra aclarar “el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por confluencia de las competencias autonómicas sobre la materia.”

El artículo al que nos hemos referido determina:

El momento en el que se desarrolla la mediación: admitida la solicitud de arbitraje.

La necesidad de dejar constancia de su desarrollo por la Junta Arbitral.

Los principios mínimos de la actuación del mediador: independencia, imparcialidad y confidencialidad.

Bastante más completo resultaba el Proyecto del Real Decreto por el que se regula el sistema arbitral de consumo, que recogía todo un capítulo dedicado a la mediación, concretamente el capítulo V, estableciendo que:

“Artículo 35. Mediación en las Juntas Arbitrales de consumo

1. Una vez admitida la solicitud a arbitraje, el Presidente de la Junta Arbitral, designará un mediador que intentará una solución amistosa del conflicto a través de la mediación, salvo que conste que ésta haya sido intentada sin efecto por la inadmisión a la que esté adscrita la Junta Arbitral.
2. La mediación en las Juntas Arbitrales de consumo se regirá por lo dispuesto en esta norma y, en lo no previsto por ella, por las disposiciones generales que resulten de aplicación.”

“Artículo 36. Los mediadores

1. La designación del mediador deberá recaer en personal al servicio de la Junta Arbitral.
2. Será requisito para actuar como mediador en las Juntas Arbitrales ser licenciado en derecho o contar con una experiencia de al menos tres años en el ámbito de protección de los consumidores.
3. El mediador deberá respetar los principios de independencia, confidencialidad e imparcialidad a lo largo de toda su actuación.
4. Nadie que haya sido designado como mediador, podrá intervenir posteriormente en el mismo asunto como árbitro, ni en cualquier otro que tenga relación conexas con aquel.”

“Artículo 37. Fin de la mediación

1. Si las partes, mediante acuerdo, dan por resuelto el conflicto, el mediador levantará un acta en la que consten los términos que pongan fin a la controversia, y expedirá copia certificada de ella una vez firmada por el reclamante y el reclamado.
2. Si no existiera acuerdo, se devolverá el expediente al Presidente, a efectos de iniciar el procedimiento arbitral en la forma establecida en esta norma.”

Así, entendemos que hay varias cuestiones que deberían haberse tratado en el actual artículo 38 del Real Decreto 231/2008, y son: la función del mediador, la formación del mediador y el resultado de la mediación.

En cuanto a la primera, la falta de normativa en el sector ha facilitado que cada órgano desarrolle la mediación de la forma que considera más adecuada. No existiendo un criterio claro respecto a las funciones del mediador. Además, la Doctrina le reconoce al mediador de consumo ciertas facultades que no ostenta en otros ámbitos de la mediación.

Se reconoce al mediador la posibilidad de ofrecer una propuesta de solución formal al conflicto que las partes podrán aceptar o rechazar⁴⁵. Por ello, hay ciertos sectores que consideran que la mediación es un sistema heterocompositivo, porque la solución la propone el tercero, aunque sin carácter vinculante. El que las partes puedan aceptar o rechazar la propuesta supone un reconocimiento a la autonomía de la voluntad que permite considerar la mediación como un método heterocompositivo aunque de “bajo riesgo”.

Algunos mediadores en el ámbito de consumo consideran que como parte de sus funciones la posibilidad de abrir un expediente sancionador cuando exista una negativa o una obstaculización al desarrollo del procedimiento. Expediente que se abre cuando el comerciante o empresa (no el consumidor) no ha colaborado, considerándose una obstrucción a las funciones públicas de intermediación en materia de consumo.

La vinculación entre mediación y arbitraje que existe en el ámbito del consumo hace necesario manifestar las grandes diferencias que existen entre una y otro.

- La diferente función de los terceros: el árbitro emitirá un laudo, mientras que al mediador a lo sumo se le reconoce la posibilidad de emitir una propuesta de

⁴⁵ BLANCO CARRASCO, M., *La mediación de consumo en España. Estudio sobre la práctica de la Mediación de Consumo en España según los mediadores*. Memoria de investigación, UNAF, Madrid, 2001, pág. 55.

solución que las partes harán suya aceptándola o rechazándola, pero en ningún caso será vinculante.

- El diferente alcance de la decisión del tercero. El laudo es ejecutivo y la sumisión al arbitraje constituye una excepción procesal, dado que excluye el conocimiento del conflicto por la jurisdicción. Pero el acuerdo de mediación no es ejecutivo, y la sumisión a la mediación no es objeto de excepción procesal porque, como recoge la Unión Europea en numerosas resoluciones, los ADR no pueden obstaculizar el derecho a acceder a la jurisdicción puesto que se vulneraría a la tutela judicial efectiva.
- En lo referente a la formación del mediador en el ámbito de consumo a pesar de la falta de referencia en el actual artículo 38 del Real Decreto 231/2008, esta cuestión sí que fue tratada en el Proyecto del Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral Consumo. Finalmente, esta regulación no apareció en el definitivo Real Decreto⁴⁶.

Consideramos que es imprescindible una formación en las leyes del mediador en materia de consumo porque los conflictos de consumo se caracterizan por ser muy complejos en la normativa.

Otra cuestión fundamental que debemos de tratar es el valor que tiene el acuerdo que se alcanza en la mediación. Generalmente se le reconoce la eficacia de una transacción extrajudicial. De lo acontecido en el proceso administrativo se deja constancia en un acta. Sin embargo, si tenemos en cuenta lo establecido para el arbitraje con carácter general, es posible que se otorgue a este acuerdo una eficacia mayor que la del acta, a través de la homologación arbitral del mismo. Esta homologación es posible gracias a que se incorporó la Ley 60/2003 de arbitraje el artículo 36 que recoge el laudo por acuerdo entre las partes. Es decir, las partes pueden solicitar al árbitro que recoja el acuerdo alcanzado en el laudo para así otorgarle la misma eficacia que tiene el laudo, en otras palabras, efecto de cosa juzgada y ejecutividad. Pero hay que decir que los árbitros no tienen capacidad para ejecutar el laudo sino que tienen que recabar el auxilio judicial en caso de incumplimiento del mismo. En esta circunstancia el acuerdo de mediación tiene efecto ejecutivo, si bien no como mediación sino como laudo.

⁴⁶ CALVO SÁNCHEZ, M.C. *El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral en arbitraje, mediación y conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 216 cit., en BLANCO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro...*pág.149.

El Real Decreto 231/2008 se refiere a esta posibilidad en el artículo 48.2 al establecer que “si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, al conflicto, el órgano arbitral dará por finalizadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados, incorporando el acuerdo adoptado al laudo, salvo que aprecie motivos para oponerse.”

Debemos de tener en cuenta que no debería descartarse la homologación judicial del acuerdo que se haya alcanzado, puesto que como establece el artículo 517.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, serán título ejecutivo “las resoluciones judiciales que aprueben y homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.”

El acuerdo de mediación en este caso será incorporado al proceso y tendrá la misma consideración que una transacción judicial, por lo tanto, efecto de cosa juzgada y susceptible de ejecución por el procedimiento de apremio.

Con el fin de alcanzar una mayor protección para los consumidores, en el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo, se aprueba 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) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Mayo de 2013, sobre resolución de litigios en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, ambos instrumentos interrelacionados y complementarios.

Esta Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar a los consumidores, la posibilidad de que sus reclamaciones sean resueltas por entidades que ofrezcan procedimientos de resolución de litigios que sean independientes. Imparciales, rápidos y justos.

El anteproyecto de ley es el que incorpora al Derecho español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo de 2013, de manera que los consumidores puedan acceder a entidades de resolución de conflictos de consumo.

Otro aspecto a destacar de la Directiva 2013/11/CE es que, aunque es cierto que no regula la forma de los procedimientos, sí establece unos requisitos de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos de resolución alternativa con el objetivo de asegurar que los consumidores tengan acceso.

Lo más importante es que la Comisión Europea elabora una lista de entidades de resolución alternativa de conflictos que le han sido notificadas por los Estados miembros y la Comisión la publicará en soporte web, pero en el artículo 24 de la Directiva 2013/11/CE declara:

“1. A más tardar el 9 de Julio de 2015, los Estados Miembros comunicarán a la Comisión:

- a) En su caso, los nombres y las señas de los organismos designados de conformidad con el artículo 14, apartado 2 y
- b) Las autoridades competentes, incluido, en su caso, el punto de contacto único, designadas de conformidad con el artículo 18, apartado 1.

Los Estados miembros informarán a la Comisión sobre los cambios posteriores a esta información.

2. A más tardar el 9 de Enero de 2016, los Estados miembros comunicarán a la comisión la primera lista mencionada en el artículo 20, apartado 2.

3. La comisión transmitirá a los Estados miembros la información mencionada en el apartado 1, letra a).”

CONCLUSIONES

PRIMERA. Podemos destacar que las decisiones a la hora de poner fin al conflicto son tomadas exclusivamente por las partes. Es el resultado de un trabajo y de un esfuerzo por llegar a un convencimiento y por solucionarlo de la forma más pacífica posible. Es por esto por lo que existe un alto grado de cumplimiento de dicho acuerdo.

SEGUNDA. Otro punto a destacar es que las partes prestan su colaboración, desdibujándose las actitudes confrontativas y velando por el interés común. Las partes no se enfrentan, colaboran para un acuerdo propio. También debemos destacar la agilidad y la rapidez puesto que la duración del proceso es notoriamente más corta que la duración de un proceso arbitral o judicial. Tal y como se señala en el artículo 20 de la Ley 5/2012 *“La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”*.

TERCERA. Bien es cierto que, dependiendo de la magnitud del conflicto, en ocasiones bastará con una sola sesión, pero en otras ocasiones las partes tendrán que mediar más de una vez. En el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles se establece un plazo máximo de tiempo que se fija en noventa días naturales desde la presentación de la reclamación. También se fija que el consumidor soportará un coste máximo de treinta euros por la gestión del procedimiento. Aquí encontramos por lo tanto otro incentivo, su bajo coste, en ocasiones o gratuito o simbólico para el consumidor, nada que ver con el coste de un procedimiento judicial.

CUARTA. Estamos ante un procedimiento flexible, es decir, como en la mediación siempre prevalece la voluntad de las partes, este procedimiento se adapta a las peculiaridades del conflicto, apartándose de la rigidez del proceso judicial.

QUINTA. Hemos señalado las principales ventajas de la mediación de conflictos, destacando la rapidez y la economía. Sin embargo, en el fondo de todos los sistemas alternativos de resolución de conflictos parece que sea más importante la flexibilidad del método y su eficacia para posibilitar soluciones ventajosas para ambas partes, que el efecto secundario de la reducción de la carga de trabajo de los tribunales, que es ya de por sí un valor muy importante en el complejo sistema judicial.

SEXTA. La confección de la lista de entidades de resolución de conflictos elaborada por la Comisión Europea debería haberse realizado a más tardar el 9 de Julio de 2015, pero lo cierto es que ya hemos pasado esa fecha y no ha existido pronunciamiento alguno, todavía.

FINAL. Por todo lo expuesto, es suficiente argumento para la defensa de la eficiencia del procedimiento de mediación en materia de consumo, cuando el reclamante ejerza la acción directa contra la compañía, dado que en las reclamaciones judiciales que se realizan en la práctica no se tiene en cuenta esta opción que puede contribuir activamente a la solución amistosa del conflicto cumpliendo siempre con los principios

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN TOLOSA, L., *El sistema arbitral de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BARONA VILAR, S., *La mediación de asuntos civiles y mercantiles en España (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE CHURRUCA, J., y MENTXAKA, R., *Introducción histórica al Derecho romano*, 9º ed., rev, Bilbao, 2007.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., y GARCÍA GARRIDO, M.J. *Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración*, Ediciones académicas, Madrid, 2010.

GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho privado y romano*, ed., civitas, Madrid, 1982.

GISBERT POMATA, M. y DIEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson, Navarra, 2014.

GONZÁLEZ PILLADO, E, *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012.

GUTIÉRREZ ALVIZ, F., *Derecho romano*, Instituto Editorial, Reus, 1948.

LÁZARO GUILLAMÓN, C., "El acuerdo de mediación de la ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica", *Revista Internacional de Mediación* núm. 0, junio-diciembre 2013, págs. 83-92.

MARTINEZ USARRALDE, M. J., y GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica de la mediación intercultural desde criterios éticos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

MORALES MORENO, A., M., "El alcance protector de las acciones edilicias", *Anuario de Derecho Civil*. Vol 33.Nº3, 1980. Págs. 585-686.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 4. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SEGUÍ TALENS, J, *La mediación, breves apuntes sobre la mediación y su regulación por el RD5/2012 y la Ley de apoyo al emprendedor de 28 de Septiembre de 2013*, fe d'erratas, Madrid, 2014.

ABSTRACT

The conflict resolution is based on if they can be solved in a constructive way, they can provide important profits for the parts. This idea is not new since in ancient Rome the concept conflict had already used. The Latin word "conflictus" meant "to attack together".

The conflict occurs when two or more individuals or groups have different interests firmly. However, it is no sufficient that two points of view are presented. It is also necessary that an action or specific strategy is got under way in order to materialize that point of view without allowing that the other ones prevail theirs. This often involves a deliberate interference in the efforts of the other party to achieve their objectives. Consequently, incompatibility or antagonism of varying intensity between the parties takes place due to the different perception of reality by the actors, which is increased by the lack of communication of sufficient intensity to polarize the dispute between them.

While a traditional approach considers all conflict as bad, equivalent to violence, destruction and irrationality, so you have to avoid this from the standpoint of human relations is regarded as a natural process, inevitable and not always negative should accepted as such, since it may be beneficial for certain people or groups.

It is presented not only as a natural phenomenon, but as a situation that is desirable to promote or encourage a manageable level, because it encourages creativity, reflection, and efficiency in decision-making contributing to the idea of achievement. This is therefore the main conception pursued mediation. That is to say, convert the dysfunctionality of the process where the tension prevents the peaceful resolution of the conflict in functionality that can be carried out both interpersonal levels as intergroup, so that any latent confrontation may be manifested either in a game of interests or values, develop overlapping transverse or concurrent conflict, and finally to achieve the most beneficial solution for all parties involved.

1. Mediation as an alternative to the courts for conflict resolution.

Jurisdiction then is an improved form of conflict resolution, which uses a heterocompositive way in which an impartial third party intervenes, whose decision always binding, requires the resolution of the dispute. In this sense, it is attributed to the jurisdiction purposes of protection of objective law, also taking aim in the field of the protection of private rights subjective rights of individuals; materialized all in the resolution of their legal disputes and reintegration of rights threatened or injured.

Over the years, it has been demonstrated that the judicial process in certain areas is not always the best option. The slowness, the workload of the courts and the high economic costs of pursuing them, has made alternative dispute resolution systems are created. The amicable agreement mediates and takes precedence between both parts seeking the benefit of both to avoid at all costs the courts.

The actual conditions of human interaction as a result of the increasing number and complexity of social conflicts in all sectors of personal relationships and the corresponding increase in litigation, have a disturbing phenomenon of "criminalization" of modern society. That is why so have emerged other mechanisms, settled in the framework of autonomy, with which it is intended to achieve the same protection that would give the courts.

Legal figures contemplated in our system for alternative dispute resolution are as follows, the subject of this work influence the mediation:

Negotiation. This figure has always existed, and treaties, pacts, agreements are present in the practice of our system, having developed the lawyers for a long time. Where the law makes available its contents will fit negotiation.

Arbitration. Heterocompositive method along with the judicial process has a long tradition in our system. However, it is out of this arbitration powers for the enforcement of the award or final decision, so that the referee is concerned only with the judging, the function only decisional, but it has nothing to do with the executive. Arbitration in Spain is regulated by Law 60/2003 of 23 December, on Arbitration.

Transaction. Governed by Article 1809 of the Civil Code and very studied by doctrine, this figure has naturalized among us. As the precept, it is that contract "by which the parties, giving, promising or withholding each something, avoid the provocation of a lawsuit or terminate any which had begun". In the latter case, the transaction appears as an escape route, so that there are no winners or losers.

Mediation. Central figure of our analysis, which unlike in countries like the United States, this technique autocompositiva is one of the least development have had in Spain. In it the parties reach agreements that will be imposed without a decision by the third party involved.

Reconciliation. With or without public intervention, conciliation autocompositiva is a form of conflict resolution. It is defined as the activity carried out by a third party, which, provoked way, tries to approximate opposing positions, thereby seeking compromise between them. In civil proceedings, conciliation has an important lineage in our law, but has not been reciprocated by the success of its application in practice.

Mediation and its elements. Special consideration voluntariness.

Mediation (like the judicial process, the arbitration procedure, conciliation) is a means, an instrument or channel and therefore is not an end in itself. So, one thing is managing a conflict, the resolution of the serious consequences of a marital crisis (or even the result of restorative or restorative justice that seeks achieved in some cases criminal) and another instrument to achieve it.

In response to reasons on which the mediation settles and consider favourable to her basic tendencies, depending on its usefulness and its objectives it can be said that mediation is a method of heterotutela and autocompositivos conflict resolution. That is, it is a mechanism in which a third party is involved in the resolution of the dispute, which only attempts to approximate positions, but it is the parties who ultimately decide how to resolve the conflict. From this perspective, the legislature has had to give a concept of mediation.

Thus the Directive 2008/52 / EC defines mediation in Article three as "a structured process, whatever its name designation, in which two or more parties in a dispute attempt voluntarily reach themselves an agreement on the resolution of their dispute with the help of a mediator "and in this sense has ruled the current and current law mediación⁵ / 2012 of July 6, Article 1," means mediation that means of dispute resolution , whatever their denomination, in which two or more parties attempt to voluntarily reach an agreement themselves with the intervention of a mediator.

Thus, this procedure attempts to help the parties resolve their conflicts, prevent conflict situations or improve simply communication and therefore the quality of life that this implies; seeks the satisfaction of the parties in conflict, reducing the emotional and financial costs resulting judicial practice and facilitate agreements; It acts as dynamic and dialogue mechanism and a priori the use of mediation serves to vindicate higher levels of social justice; and can serve as a means of overcoming violent attitudes and behaviour, as people transformative process. Therefore, the elements of mediation are both the existence of a conflict between two or more parties, and the existence of external parties to the conflict, as the intervention of the mediator who must be present during the procedure whose work consists solely of facilitate the negotiation procedure, and as the Explanatory Memorandum of the regulation states, under the premise that an agreement is not mandatory. Sometimes, as taught by the applicative experience of this institution, mediation seeks simply to improve relations, with no intention of reaching an agreement with concrete content.

According to the above, the mediation model of the current law contemplates two nuclear or inherent elements to it that are natural to all kinds of mediation: 1) voluntariness and free choice of the parties; and 2) the intervention of a mediator. Although often it talks about other characters or principles of mediation. Let us now go to analyse:

According to art. 6 mediation is voluntary. This means respect for the autonomy and free choice of the parties to accept input in this process, first, and second, the agreement reached on it. Voluntariness means that no one is forced to stay in the mediation process or to conclude an agreement (art. 6.3). In addition, for these same reasons, access to a mediation procedure can never be legally established as an autonomous penalty or sanction for its protagonists, since this would betray its very essence.

What we must keep in mind is that a free consent of the parties requires that they have all the necessary information about the mediation process and its possible effects. It is important, therefore, that the rule requiring, as it does in art. 17, to which the parties to submit to mediation are informed, before expressing their desire to develop mediation, both their rights and the nature of the procedure and the possible consequences of the decision to him. However, when there is a written agreement that expresses the commitment to submit to mediation disputes arisen or may arise, although they concern the validity or existence of the contract itself in stating that covenant, there is a duty to try the procedure.

2. Differences with other mechanisms of conflict resolution.

In the case of instruments heterocompositive character, the solution is imposed upon the parties by a third party. By contrast, the mediator as we well know, is not responsible for deciding the conflict, but it is the parties who do, with what we are dealing with a process of conflict resolution autocompositive character. However, compared to other autocompositive formulas such as negotiation and conciliation. The first is the initial stage in the management of a conflict is resolved without the action of neutral third parties occurs, whereas in the case of conciliation, the third no mission is to incite the agreement is limited to reunite including parts and transmit the messages or information. It is therefore the latter less formal ADR techniques. By contrast, the mediator must bring positions favouring the agreement, which is an implication in the resolution process, a fact that unlike previous.

3. Advantages of mediation

It is still early to say that you have configured a foolproof method, but as advocates argue mediation is a fast, economical and effective tool. Fast compared to the jurisdictional alternatives; economic because the mediator is the only professional involved; and effective because, as the parties who decide the solution to the conflict, the problems for the fulfilment of the agreed resolution are reduced.

In addition, is a document with effects "ad futurum" because it produces a decrease in litigation on behalf of the administration of justice, by promoting cooperation and communication, to offer a positive view of the conflict become a neutral and private space, where the parties take responsibility.

4. Legal framework: Mediation in civil and commercial matters, characteristics and scope of Law 5/2012 of 6 July.

General framework

Dated March 5, 2012 the Government of Spain approved Royal Decree-Law 5/2012, of mediation in civil and commercial matters, which months later was replaced by Law 5/2012, of July 6. Through this standard, not only it fulfilled the obligation of transposition into Spanish law of Directive 2008/52 / EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil matters and trade, establishing a set of minimum standards to promote it in cross-border disputes, but for the first time in our country, a general regime was established in mediation for the resolution of private disputes. However, the main objective sought by the Directive in recital five of that mediation was set, as a procedure to facilitate or improve access to justice, has not been accepted by the doctrine, which denies its identification as a method proper administration of justice.

Regulatory Background: The preliminary draft and the draft law on mediation in civil and commercial matters.

Draft high as the Council of Ministers by the Minister of Justice on 19 February 2010, the text entered in the Congress of Deputies and Draft Law on 8 April 2011. In its latest version, the text consisted of an Exhibition Motives, twenty-nine articles (four less than the Draft) included in five chapters ("general provisions", "informers Principles of mediation", "Statute of the mediator", "mediation procedure" and "Implementation of agreements"), an additional provision on the recognition of institutions or services existing mediation and eight final provisions, according to the text, to ensure the

engagement of mediation with judicial proceedings. With the early closure of the legislature and call early general elections the text already in parliamentary procedure saw truncated its approval as law, although it has been the immediately preceding the regulation of mediation in Royal Decree-Law of 2012 and thus the future law.

With this project we attempted to establish a number of key objectives among which was develop a minimum framework for exercising a kind of civil and commercial mediation, without conditioning nor prevent the existence of other types of mediations that could continue to be made, and that would not be implementing the new requirements set forth herein. So, the news that incorporated were among others, that mediation could conclude an agreement constituted an enforceable and effect of res judicata between the parties, and chelates standard urging its use by requiring go to it in certain cases as a requirement necessary precondition to the process. Thus, it is intended to seek the connection of mediation with the jurisdiction, and the final provisions of the rule sought to ensure the fit of this new practice with court proceedings, through the amendment of several provisions of the Civil Procedure Act.

Finally, in order to comply with the abovementioned Directive and thereby avoid the sanction of the European institutions, including several of the provisions contained in the Bill of 2011, the Government, through Royal Decree-Law, published in March 2012 the first text, over 28 items, 3 additional provisions and 8 final provisions, picked up the first general system for civil and commercial mediation in Spain. And as in the preceding text, this Royal Decree-Law was a minimum standard, which excludes from its regime mediation to develop in other areas of law (criminal, labour, administrative and consumption), which contained the title character executive, although now with the need for intervention by a notary public, and which dealt secure the connection with the courts.

In force for less than five months, the Royal Decree was replaced by the law of July 2012 did not involve a significant change in what is already provided for in this first text, but, maintained in substance the system established by this standard regime. However, the legislature took the parliamentary process to improve the wording of certain provisions, outlining or clarifying various ends that seemed to be confused in the original wording of the rules. Broadly speaking, small changes proposed in the Law are produced in twelve of the original twenty-eight precepts and operate in several of its sections:

General provisions (mediation in cross-border disputes, impact on expiry limitation periods and mediation institutions).

Informing principles of mediation (intervention of the parties).

Statute of the mediator (conditions to act as a mediator and responsibility).

Procedure (electronically development, guarantees for people with disabilities and termination).

Drafting possibility of appeal and execution of the mediation agreement.

5. Assumptions exclusion of Law 5/2012 on mediation in civil and commercial matters. Special attention to the area of consumption

Criminal mediation. Law 5/2012 expressly excludes criminal mediation of its scope. Thus, as the first decision taken by the Spanish legislator regarding this type of mediation is to leave for a specific regulation of mediation in criminal cases, which we find ourselves forced to push through legislation by the Council Framework Decision EU of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. Within this scope, in turn we can find two subdivisions analysing age who committed the crime.

In this sense, if we talk about criminal juvenile justice in our country, this is the only area where mediation in criminal cases has explicit legal recognition through the prosecution and punishment of those subjects who, at the time of commission of the act constitute a crime or misdemeanour, would exceed fourteen years old and did not exceed eighteen. Specifically, the legal cover is in the arts. 19 and 51.3 of the Organic Law 5/2000 of 12 January governing the criminal liability of minors and arts. 5, 8.7 and 15de implementing regulations approved by Royal Decree 1774/2004, of July 30.

The reason for the inclusion by the Spanish judicial legislator in the field of children rests on the principle of minimum intervention, as well as the dominance that he acquired "educational and resocialization criteria on a social defence based on the prevention and that would be counterproductive for the future (the child). " Consequently, in this area the mediation is drawn as a method of character "institutionalized" as they are members of the technical equipment or public entities responsible for implementing security measures that may be imposed on minors who perform the task to create a space for dialogue and understanding between them and their victims.

On the contrary if we talk about the adult criminal justice, today, among the concessions that our laws Restorative Justice is not mediation. The only reference to our system makes mediation is contained in art. 87b of the Judicial Power; and it is to categorically exclude the mediation of the jurisdiction of the Courts of Violence against

Women and therefore of all the facts are likely to be qualified as acts of gender violence. The reason for the exclusion seems to lie in the principles of necessity and legality traditionally inform our criminal and criminal procedure as well as the consideration that the prosecution and punishment of most of conduct constituting a crime or offense are matters of public interest, so that mediation does not make some crimes go unpunished or that may involve a tacit waiver by the State to the purpose of socially rehabilitate delinquents.

The labour mediation. Secondly, mediation in labour issues, which has its own specific regulations in Title V of Law 36/2011, of 10 October, regulating the social jurisdiction is excluded. Specifically, the norms established in the arts. 63 to 68 of this standard, complete regulation prior conciliation of the Labour Procedure Act with references to mediation (and arbitration awards), which is a prerequisite for the conduct of the prosecution's attempt mediation (or conciliation) before the administrative service or body to assume these functions, with the exception of this requirement processes in various materials (collecting art. 64.1) and processes in which the parties are the State or other public and private persons being subjected to complaint prior administrative or other form of exhaustion of administrative remedies, and in the event of expansion of demand (art. 64.2).

In this area, the presentation of the request for mediation, like the prior conciliation suspends limitation periods and interrupt the prescription (art. 65). Also attending the event mediation is mandatory for litigants and absence without just cause can produce economic consequences for the costs of the subsequent process (art. 66). Finally, the agreement resulting from mediation may be challenged by the parties or by those who harm, through the action of nullity on the grounds that invalidate contracts or on the basis of its illegality or harmfulness (art. 67). However, this agreement is enforceable between the parties involved without ratification

Mediation with public authorities. Thirdly, art. 2 of Law 5/2012 excludes from its scope the mediation to occur in cases of conflict with the government. In this regard, the text of 2012 holds a different position with the provisions of Directive 2008/52 / EC of the Parliament and of the Council of 21 May 2008, mediation in civil and commercial matters and its precedent in the Draft law on mediation in civil and commercial matters of 2011.

The consumer mediation. Finally, consumer mediation, that Spanish law does not enjoy a uniform state legislation is also excluded. The general legal framework is Royal Decree 231/2008, of 15 February, regulating the Consumer Arbitration System, where

we indicated and secondary character of ordination of mediation against arbitration in this area.

6. Conclusions

Mediation has undoubted potential by involving the parties and having constituted as a complement and an alternative to the prosecution of social conflicts. It is clear therefore that the alternative dispute resolution if handled constructively, can bring significant benefits. This is because all conflicts have a same components or structural factors: the actors, issues, goals, interests, attitudes and strategies that well regarded can break the scheme victor-vanquished so long has dominated the judicial context.

For this reason, it is that the process should be structured on the voluntariness of the parties and the mediator as a third party unconnected with an active involvement in the process, so that the action is intended to be neutral, impartial, and the latter does not have no power of decision, acting solely as a catalyst and helping the parties to preferably focus on the present, in order to achieve for themselves a valid, satisfactory and lasting settlement.

However, mediation cannot always be applied, and therefore, it is also important to clarify that regarding conflicts in family law, are only excluded from the scope of the law matters that do not have dispositive for the parties; but yes that fall outside the scope of Law 5/2012, the encases criminal mediation, labour mediation, which arises in disputes with public authorities and given in the field of consumption. Furthermore, this technique suffers from a difficulty present inherently to again limit their applicability. In this case we are referring to it at any time take into account the difference in power that may exist between the parties, which can lead to when this difference is important, neutrality becomes negative and that there is no uniformity in the resolutions. However, we can assume that the weaker parties involved not to use mediation to resolve these complex conflicts and responsible.

Thus, mediation is nothing but a method substantially cooperative court, in which it seeks to maintain communication and relations between the parties, to pacify the conflict through flexibility, which implies that that whenever respect the minimum essential elements and their basic principles, each mediator can design a procedural rule, adapting them to their own doing. Then dejudicialisation, the de-legalization and desjuridification, seem set to the axes of the regulated mediation, without thereby waive the necessary determination of a generic structure of the procedure defined in stages, with which compliance resulting from the above was performed. In all, a correct relationship between mediation and judicial process is achieved; and in particular the

treatment of the legal effects produced by the second in the area of the former, being a priori source of security (for the direct participation of the parties) with a consequent decrease in contesting resolutions and resources, or subsequent procedure; and achieving a cost savings relative apparent in technically complex cases