

# **NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO TRAS LA LEY 7/2017 Y SU ADAPTACION AL MARCO EUROPEO**

**Nuria Marchal Escalona<sup>1</sup>**

**Preprint publicado en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 71, Nº 2, 2019, págs. 145-170.**

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en Proyecto I+D+I DER2017-88501-P: “La mediación de consumo: hacia una construcción legislativa estatal y autonómica con arquitectura europea”, cuyo IP es Dr. F. Esteban de la Rosa.

# NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO TRAS LA LEY 7/2017 Y SU ADAPTACION AL MARCO EUROPEO\*

Nuria MARCHAL ESCALONA\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.– 2. LAS RECLAMACIONES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE AÉREO: LAS LÍNEAS BÁSICAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 7/2017.– 3. ANÁLISIS DE LA NUEVA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE AÉREO.– 3.1. Ámbito de aplicación. –3.2. El procedimiento de resolución de controversias. –3.3. La adaptación de la iniciativa proyectada al marco europeo y estatal de resolución alternativa de litigios de consumo.– A) Principio de independencia, imparcialidad y eficacia.– B) Principio de equidad, libertad y legalidad.– 4. HACIA LA “MEDIACIÓN OBLIGATORIA MITIGADA” EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.– 4.1. Introducción: del cambio de modelo y su funcionalidad.– 4.2 La mediación extrajudicial y su compatibilidad con el Derecho a una tutela judicial efectiva.– 5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. A finales del siglo XVIII, Kant señalaba que la más compleja de las tareas de la humanidad era la de administrar justicia<sup>2</sup>. La sociedad del siglo XVIII era, sin lugar a dudas, menos compleja y la administración de justicia tenía menos asuntos que tratar. No hay duda de que, hoy en día, dicho quehacer constituye una tarea más ardua y compleja, y mucho más en el ámbito del Derecho de consumo. Vivimos en una era en la que el comercio electrónico, el incremento de las adquisiciones transfronterizas y la necesidad de dotar de eficacia a los derechos reconocidos a los consumidores plantean nuevos retos. Para que un consumidor consuma, necesita seguridad jurídica. El temor a no saber qué hacer si surge cualquier problema en relación con el producto o servicio

---

\*Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Granada ([nmarchal@ugr.es](mailto:nmarchal@ugr.es)).

\*Agradecemos a las observaciones realizadas al presente trabajo por el profesor F. Esteban de la Rosa, Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Granada

\* Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de mayo de 2019.

<sup>2</sup> HART, K., “Kant, «Antropology» and the New Human Universal”, *Social Anthropology*, Vol. 18, 2010, pp. 441-447 *cit.* por BETANCOURT, J.C., “Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia “no jurisdiccional”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 10, 2018, núm. 2, pp. 211-248, en esp. p. 237.

adquirido, así como dónde reclamar, especialmente, en los supuestos transfronterizos de escasa cuantía, merma la confianza del consumidor a la hora de realizar compras en un mercado que no sea el nacional. Esta circunstancia revela que la efectiva protección del consumidor en el ámbito internacional pasa por la formulación de cauces procesales que satisfagan de forma rápida y eficaz su derecho a la tutela judicial efectiva<sup>3</sup>.

2. Se impone la exigencia de encontrar mecanismos alternativos y capaces de gestionar de forma efectiva y positiva los conflictos planteados por los consumidores. Consciente de esta situación, el legislador de la Unión Europea (UE) ha dedicado en los últimos tiempos sus esfuerzos a instaurar, normalizar y generalizar la utilización de los sistemas de resolución alternativas de litigios (RAL) y, en particular, a partir de la aprobación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DRAL<sup>4</sup>), así como del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (RLL<sup>5</sup>),

---

<sup>3</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “La protección del consumidor en los litigios transfronterizos de escasa cuantía en la Unión Europea y en américa latina”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2015, pp. 1015-1051, en esp. p. 1018; ESTEBAN DE LA ROSA, F. “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *Vlex*, 2019, pp. 1-15 en esp. p. 2.

<sup>4</sup> DO núm. 165, de 18 de junio de 2013. Esta tiene como objetivo principal resolver los litigios nacionales y transfronterizos derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios de forma sencilla, eficaz, rápida y asequible sin restringir el acceso a los órganos jurisdiccionales (FEJÓS A., WILLETT, C., “Consumer Access to Justice: The Role of the ADR Directive and the Member States”, *ERPL*, Vol. 24, 2016, núm. 1, pp. 33-60). En concreto, sobre su ámbito de aplicación, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Régimen de las reclamaciones de consumo trasfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *REDI*, Vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 109-137 en esp. p. 2.

<sup>5</sup> DO L núm. 165/1, de 18 de junio de 2013; correc.erro, DO núm. L 219/4, de 29 de agosto de 2018. Se trata de un instrumento legal que complementa a la DRAL (AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “Medios electrónicos en los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos” en PALAO MORENO, G. (ed.), AZCÁRRAGA MÓNZONIS, C., (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 29). A pesar de ello, ambos textos difieren en cuanto al objeto y ámbito de aplicación (VITALTA NICUESA, A.E., “La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2014, núm. 33, pp. 1-35, en esp. p. 16; CARRIZO AGUADO, D., “Asistencia extrajudicial al consumidor transfronterizo europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, 2018, núm. 1, pp. 45-69, en esp. pp. 51-52). Sin embargo, en opinión de ciertos autores, a medida que se vaya ganando experiencia en el funcionamiento de la Plataforma, y corrigiendo sus disfuncionalidades, todo apunta a que la Plataforma podrá convertirse en un elemento dinamizador de la solución de litigios originados fuera de línea [MARQUES CEBOLA, C., “La resolución en línea de litigios de consumo en la nueva plataforma europea ODR. Perspectiva desde los sistemas español

que supuso la creación de la Plataforma ODR para la resolución de litigios en línea<sup>6</sup>. De esta manera, mediante el establecimiento de principios obligatorios para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo, y la instauración de la Plataforma Europea ODR, el legislador de la UE pretendía contribuir a impulsar la protección del consumidor y del comercio transfronterizo<sup>7</sup>.

3. El texto de la DRAL fue finalmente transpuesto, con más de dos años de retraso, al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre (Ley 7/2017)<sup>8</sup>. Con esta Ley, el legislador español ha comenzado a diseñar el futuro sistema de resolución alternativa de litigios en nuestro país. Representa el primer paso – aunque no el único– en el camino hacia la creación de entidades RAL acreditadas en España, que respondan a los estándares elevados de calidad establecidos por la DRAL (principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad). No obstante, este proceso de adaptación está todavía inconcluso<sup>9</sup>. Hay disposiciones que, según la propia Ley 7/2017, deben ser objeto de un desarrollo reglamentario, como así sucede en el sector financiero (Disposición Adicional primera) y en el ámbito del transporte aéreo (Disposición Adicional segunda). De hecho, recientemente ha sido

---

y portugués”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (Dir.), OLARIU, O., (Coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 369-393, en esp. pp. 374-375]. En concreto, sobre los aspectos a mejorar de la Plataforma, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “ADR-Rooted ODR Design in Europe. A Bet for the Future”, *IJODR*, 2018, pp. 1-9.

<sup>6</sup>Consistente en un sitio de Internet interactivo que ofrece una ventanilla única a los consumidores y a los comerciantes que quieran resolver extrajudicialmente litigios derivados de transacciones en línea. La plataforma está disponible en <https://webgate.ec.europa.eu/oder/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=ES>. Sobre el funcionamiento de la misma, véase LODDER, ARNO, R., MURRAY ANDREW, D., *EU Regulation of E-Commerce: A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.

<sup>7</sup> Por otra parte, y de forma paralela a esta iniciativa legislativa, el legislador europeo optó por revisar y modificar el ya existente proceso europeo de escasa cuantía, regulado en el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (*DO L 199*, de 31 de julio de 2007). Para un análisis del mismo véase, MARCHAL ESCALONA, N., “Las relaciones entre las entidades de RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: Especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O., (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 509-534, en esp. pp. 529-531.

<sup>8</sup> Hasta entonces, legislador español solo había incorporado a nuestro ordenamiento la obligación establecida en el art. 10 DRAL a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (*BOE* núm. 268, de 4 de noviembre de 2017) que modificó lo establecido en el art. 57.4º de del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

<sup>9</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU O., (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 81-105 en esp. p. 84.

presentada la Propuesta de Orden por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios de transporte aéreo establecidos en el ámbito de la Unión Europea (POr.), cuya compatibilidad con el Derecho europeo y la propia normativa española es preciso determinar<sup>10</sup>. Además, existen otras disposiciones en el sistema jurídico español que precisan de reformas legislativas para adaptarse a la normativa europea, como así sucede con el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDSAC)<sup>11</sup>. Y, por último, no hay que olvidar que muchas Comunidades Autónomas disponen de competencias sobre materias incluidas en el ámbito de aplicación de la DRAL, por lo que el reparto competencial está aún por determinar<sup>12</sup>.

4. Con esta Ley, el legislador español pretende garantizar a los consumidores el acceso a los mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes efectivos, rápidos y justos (art. 1.1º Ley 7/2017) sin que ello suponga restringir el acceso a los órganos jurisdiccionales. El consumidor no puede ser privado del derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con lo dispuesto en la Carta Europea de Derecho fundamentales (CEDF)<sup>13</sup>, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre (CEDH<sup>14</sup>) y el Tratado de la Unión Europea (TUE<sup>15</sup>)<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup>[https://www.fomento.es/NR/rdonlyres/2D5A3CF7-46ED-433D-B127-4703B1410BDB/148613/OM\\_ADR\\_audienciaweb.pdf](https://www.fomento.es/NR/rdonlyres/2D5A3CF7-46ED-433D-B127-4703B1410BDB/148613/OM_ADR_audienciaweb.pdf)

<sup>11</sup> BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.

<sup>12</sup> Sobre la distribución constitucional de competencias en este ámbito, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Estado y comunidades autónomas en la transposición de la directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo delimitación competencial”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O., (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 219-243. En concreto, sobre la conveniencia de abordar en Andalucía una intervención legislativa en transposición de la DRAL, véase ESCALONA RODRÍGUEZ, D. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La resolución alternativa de litigios de consumo. Una visión desde la Comunidad autónoma de Andalucía”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O., (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 245-273.

<sup>13</sup> Art. 47.

<sup>14</sup> Art. 6.

<sup>15</sup> Art. 19.

<sup>16</sup> DAVIED, J., SZYSZCZAK, E., “ADR: Effective Protection of Consumer Rights?”, *European Law Rev.*, 2010, pp. 695-701; AA.VV., *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, (STÜRNER, M., GASCÓN INCHAUSTI, F., CAPONI, R., eds.), Munich, Sellier European Law Publishers, 2015. No obstante, como analizamos en otra sede, no siempre los estándares de calidad previstos en el Derecho europeo e incorporados en nuestra normativa garantizan el cumplimiento efectivo del derecho a una tutela judicial efectiva (MARCHAL ESCALONA, N., “Las relaciones entre las entidades de RAL...”, *op.cit.*, nota 6, pp. 511-524).

5. Con todo, en la medida en que el crecimiento de las entidades RAL puede llegar a comportar un menor uso de los órganos jurisdiccionales, lo que podría suponer una merma de los derechos de los consumidores, es preciso un mayor acercamiento y cooperación entre las entidades RAL y los sistemas judiciales<sup>17</sup>. Es necesario desarrollar vías de actuaciones conjuntas y coordinadas entre los diferentes mecanismos de resolución de controversias en el ámbito del Derecho de consumo, especialmente para dar satisfacción a las necesidades de las reclamaciones transfronterizas. De ahí que deba ser bien saludado el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación aprobada el pasado 11 de enero por el Consejo de Ministros –y publicada en sede electrónica el 16 de enero de 2019<sup>18</sup>– (Anteproyecto de Ley<sup>19</sup>), cuyo objetivo es la articulación de fórmulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares, lo que sin duda favorecerá la optimización del cumplimiento y garantía constitucional de protección del consumidor que consagra el art. 51 de nuestra Carta Magna. Una nueva iniciativa legislativa con la se pretende extender la cultura de la mediación en nuestro país. De hecho, se postula decididamente a favor de un cambio de modelo en este ámbito. Así, del modelo de mediación voluntaria adoptado (*ex. art. 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles –Ley 5/2012–*<sup>20</sup>) se pretende transitar hacia un sistema de “mediación obligatoria mitigada” cuya compatibilidad con el derecho a una tutela judicial efectiva puede ser el mayor hándicap para su efectiva implantación<sup>21</sup>.

6. En nuestro estudio, primero identificaremos las bases sobre las que se pretende asentar el futuro régimen de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito del transporte aéreo. En particular, analizaremos si la reciente propuesta legislativa presentada es compatible o no con las exigencias derivadas del Derecho europeo, a efectos de realizar las propuestas *de lege ferenda* que resulten precisas. En concreto,

---

<sup>17</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Las relaciones entre las entidades de RAL..”, *op.cit.*, nota 6, p. 523-524.

<sup>18</sup> <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf>

<sup>19</sup> <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2019/01/anteproyecto-ley-impulso-mediacion.pdf>

<sup>20</sup> BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

<sup>21</sup> En contra de la imposición de sistema de mediación o arbitraje, véase LOOS, M., “Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detrimento f Consumer Law”, *ERPL*, Vol. 24, 2016, núm. 1, pp. 74-75.

evaluaremos hasta qué punto el consumidor que ha de iniciar un procedimiento ante la entidad de RAL designada en el ámbito del transporte aéreo tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos a través del correspondiente proceso judicial. A continuación, nos ocuparemos de valorar si el nuevo modelo de “mediación obligatoria mitigada”, que pretende instaurar en nuestro país de forma generalizada, garantiza la efectividad de los derechos reconocidos por los consumidores en las reclamaciones transfronterizas y, en concreto, verificaremos si el modelo propuesto responde a las más elementales exigencias de justicia.

## **2. LAS RECLAMACIONES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE AÉREO: LAS LÍNEAS BÁSICAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 7/2017**

7. La Ley 7/2017 responde, como ha apuntado la doctrina más autorizada, a las exigencias derivadas de la DRAL<sup>22</sup>. Con todo, el sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo está, como hemos apuntado, por construir. De hecho, en la Disposición Adicional primera y segunda, la Ley 7/2017 mandata al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un Proyecto de ley para regular las reclamaciones de consumo en el sector de la actividad financiera y en el transporte aéreo. Según esta, será solo una la entidad acreditada para la resolución de litigios de consumo en el ámbito del transporte aérea y, en concreto, la candidata para ejercer tales competencias será, según la Ley 7/2017, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA)<sup>23</sup>, siempre que dicha Entidad acomode su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017. No obstante, según dicha Disposición, la actividad de dicha entidad parece ser compatible con las Juntas Arbitrales de Consumo, y en general todas aquellas entidades que den cobertura a reclamaciones de todos los sectores económicos, puedan seguir conociendo de los correspondientes litigios de consumo correspondientes al sector del transporte aéreo, siempre que ambas partes, de forma voluntaria, lo acepten. Contempla además

---

<sup>22</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre”, ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O., (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 81-105 pp. 81-85.

<sup>23</sup> En la actualidad, la AESA es el órgano encargado de resolver las cuestiones relacionadas con el transporte aéreo, aunque primero debe realizarse una reclamación a la compañía aérea correspondiente. En caso de no recibir respuesta en el plazo de un mes, o esta no ser satisfactoria, el consumidor puede presentar una reclamación ante AESA sin coste alguno online o por registro. La AESA emitirá un informe con el resultado de sus actuaciones ([https://www.seguridadaerea.gob.es/lang\\_castellano/particulares/cancelac\\_retraso/default.aspx](https://www.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/particulares/cancelac_retraso/default.aspx)).

que el procedimiento de resolución de controversias será de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas. Cuestión distinta es saber de qué modo se llega a garantizar que no queda cerrada la vía judicial, es decir, si dicha opción legislativa es compatible o no con el derecho a una tutela judicial efectiva.

### **3. ANÁLISIS DE LA NUEVA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE AÉREO**

#### **3.1. Ámbito de aplicación**

8. Para alcanzar una protección adecuada y efectiva al consumidor en el ámbito del transporte aéreo es preciso que se dé un tratamiento adecuado de las reclamaciones presentadas por estos. Son pocos los casos en los que, pese a la presentación por el consumidor de la pertinente reclamación, la compañía transportista deniega al pasajero la compensación solicitada, o lo que es más grave, simplemente ignora su reclamación<sup>24</sup>. No sorprende, por tanto, el planteamiento desde instancias europeas de iniciativas de distinto alcance dirigidas a fomentar la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias. Aunque, hasta el momento, estas han resultado infructuosas<sup>25</sup>.

9. De ahí que las esperanzas estén puestas en la reciente normativa proyectada por el Ministerio de Fomento. Según dicha Propuesta, la única entidad con competencia para resolver los litigios surgidos en el ámbito del transporte será la AESA<sup>26</sup>. Esta designación no será obstáculo a la plenitud de la tutela judicial ni al recurso de otros mecanismos de resolución de conflictos. De hecho, el art. 5 de la PrO. deja a salvo la posibilidad de que disfruta el consumidor de acudir tanto a la vía judicial como a cualquier sistema extrajudicial de resolución de conflictos aceptado por la compañía aérea o gestor aeroportuario, en particular al arbitraje de consumo o al sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. Sin embargo, no define del

---

<sup>24</sup> RUEDA VALDIVIA, R., “Acciones de compensación frente a transportista de hecho por denegación de embarque, cancelación o gran retraso en vuelos de conexión: Aspectos jurisdiccionales”, *La Ley. Unión Europea*, 2018, núm. 59, p. 7.

<sup>25</sup> PÉREZ MORIONES, A., “Hacia la consolidación de la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del transporte aéreo”, *La Ley*, 2018, núm. 9298, pp. 1-14, en esp. pp. 2-6.

<sup>26</sup> Será el titular del Ministerio de Fomento la autoridad acreditante de dicha entidad (art. 26.4º Ley 7/2017).

todo las relaciones entre unos y otros sistemas. Se trata de una cuestión que debería ser resuelta por la Orden que ha sido anunciado, puesto que de no hacerlo puede ser fuente de indudables problemas prácticos.

10. El ámbito de aplicación de la normativa proyectada se entiende mejor si se tiene en cuenta que el objetivo fundamental de la misma es establecer un mecanismo de resolución de controversias para aquellos conflictos derivados de la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea aprobados en materia de protección de los usuarios del transporte (art. 1 POr.). De ahí que dicho procedimiento resulte de aplicación solo a los conflictos, nacionales o transfronterizos, que se deriven de la aplicación de los Reglamentos (CE) núm. 261/2004<sup>27</sup> y núm. 1107/2006<sup>28</sup> (art. 3 POr.). En ambos casos, se exige a los pasajeros o usuarios afectados, es decir, a toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión [art. 2.1º a) POr.] que partan, utilicen o pretendan utilizar vuelos que salgan de un aeropuerto situado en territorio español o que partan de un país que no sea miembro de la UE, con destino a otro situado en territorio español, siempre que la empresa operadora sea comunitaria<sup>29</sup>. Dicho procedimiento se circunscribe, pues, solo a aquellos litigios en los que el usuario o pasajero parta desde o llegue al territorio español, siempre que la empresa transportista sea comunitaria. De esta forma, se hace patente la elevación del nivel de protección del consumidor/usuario al extender el ámbito de aplicación del Derecho europeo a aquellos supuestos en los que consumidores no residen en la UE. Sin embargo, a pesar de ello, esta iniciativa no se compadece bien con lo exigido en la DRAL que resulta de aplicación indistintamente a los litigios domésticos e internacionales. Por lo que, para conseguir una mejor adaptación al sistema europeo cabe sugerir la conveniencia de dejar expresa la inclusión de los litigios transfronterizos –tal y como es definido por el Derecho europeo–, así como la de aclarar que los litigios de los que derivan las reclamaciones pueden haber surgido en línea o no.

---

<sup>27</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91 (DO núm. 46, de 17 de febrero de 2004).

<sup>28</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DO núm. 204, de 26 de julio de 2006).

<sup>29</sup> Es decir, siempre que posea una licencia de explotación válida expedida por un Estado miembro de conformidad con las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (DO L 240, de 24 de agosto de 1992).

Por otra parte, el concepto de pasajero/usuario que emplea la POr., es más restringido que el concepto de consumidor que establece la Ley 7/2007, que incorpora además a las personas jurídicas. Aunque dicha limitación tiene su lógica al ajustarlo al ámbito de la actividad que regula: el transporte aéreo, dicho concepto debería de haber sido amoldado, como así mantiene A. Pérez Moriones, para tener en cuenta las previsiones existentes en la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes vinculados<sup>30</sup>, que extiende la protección de la que disfruta el consumidor en materia de viajes combinados al representante de una pequeña empresa o al profesional, siempre que este último no se sirva de un convenio general para la gestión u organización de sus viajes (Considerando 7)<sup>31</sup>.

El art. 4 enumera los aspectos excluidos del ámbito de aplicación material de la Propuesta. Así, excluye cualquier litigio relativo a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte y las reclamaciones de los usuarios en base al Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, o las reclamaciones por la destrucción, pérdida, avería o retraso de los equipajes facturados en base a cualquier otra norma o convención [art. 4 a) y e)<sup>32</sup>]. Dicha exclusión resulta incomprensible, puesto afecta a un número importante de reclamaciones<sup>33</sup>. Por ello, desde aquí, *de lege ferenda*, animamos a que tales supuestos sean incluidos en el ámbito de aplicación de la Proyectada normativa, en particular, los aspectos relativos al daño causado por el transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, así como las reclamaciones por la destrucción, pérdida, avería o retraso de los equipajes facturados. Quedan excluidos, además, aquellos litigios que afecten a las cláusulas y prácticas abusivas en el contrato de transporte aéreo u otra documentación atinente al transporte, las prácticas desleales, publicidad o información precontractual o contractual, la protección de datos de carácter personal, así como las previstas en el artículo 3.2º de la Ley 7/2017 [art. 4 b) c) y f)].

### **3.2. El procedimiento de resolución de controversias en el ámbito del transporte aéreo**

---

<sup>30</sup> DO L 326/1, 11 del 12 de 2015.

<sup>31</sup> PÉREZ MORIONES, A., “Hacia la consolidación...”, *op.cit.*, nota 24, p. 7.

<sup>32</sup> DO L núm. 285, de 17 de octubre de 1997.

<sup>33</sup> PÉREZ MORIONES, A., “Hacia la consolidación...”, *op.cit.*, nota 24, p. 8.

11. Con carácter previo a la iniciación del procedimiento diseñado en la proyectada Orden, el consumidor deberá haber planteado su pretensión ante el responsable del incumplimiento que origina la reclamación, aportando la documentación que considere pertinente para hacer valer sus derechos (art. 7 POr.<sup>34</sup>). Cuando esta no haya podido ser resuelta, o no sea totalmente satisfactoria, la compañía aérea o el gestor aeroportuario deberán informar al consumidor si se encuentran adheridos a una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea (*ex art. 40 Ley 7/2017*) y, en todo caso, de la posibilidad de presentar su reclamación ante la AESA (art. 6 POr.).

12. El procedimiento a seguir está regulado en el Capítulo II de la POr. Este se inicia con la presentación de la oportuna reclamación ante la AESA bien a través de su sede electrónica o en papel. Dicha reclamación se realizará en el formulario que al efecto adopte la AESA y al que se podrá acceder a través de su página web (art. 9 y Disposición Adicional segunda POr.<sup>35</sup>).

La reclamación deberá presentarse ante la AESA. Aunque, a nuestro juicio, en la práctica el mayor problema para el consumidor será determinar cuál es la autoridad o entidad RAL competente para la resolución de una controversia surgida en el ámbito del transporte aéreo. Y ello, porque, por una parte, las empresas responsables pueden estar obligadas a participar ante una determinada entidad RAL o adheridas a una o varias entidades RAL. Y, por otra, porque cada Estado ha designado a organismos estatales con competencia para garantizar el cumplimiento de la normativa prevista en este ámbito, aunque hay que reconocer que en la realidad y, salvo excepciones, como así sucede con el Reglamento (CE) núm. 261/2004, tales organismos carecen de competencia para la resolución de reclamaciones individuales de pasajeros<sup>36</sup>. De hecho, el legislador español consciente de este problema contempla en la POr. que, en caso de que la competencia para conocer de la reclamación corresponda a otro Estado miembro, la AESA tiene la obligación de trasladar dicha reclamación a la entidad de resolución alternativa de litigios que aquel Estado hubiera notificado a tales efectos, al Centro

---

<sup>34</sup> Además, según el texto proyectado, aquellos deben asegurar que el usuario tenga constancia de la presentación de la reclamación, a la que han de dar respuesta en el plazo más breve posible, con el límite de un mes desde su presentación (art. 7.2º POr.).

<sup>35</sup> De hecho, en la elaboración de dicho formulario, la AESA deberá incluir un contenido mínimo que está contemplado en el art. 9.2º de la POr., además, de la información a la que se refiere el art. 14.1º Ley 7/2017, para garantizar que el consumidor tenga conocimiento de las garantías establecidas por el Derecho europeo para su protección antes de la presentación de la reclamación.

<sup>36</sup> RUEDA VALDIVIA, R., “Acciones de compensación...”, *op.cit.*, nota 23, p. 7.

Europeo del Consumidor en España, si hubiera notificado varias entidades que resulten competentes, o al organismo responsable del cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 261/2004 o del Reglamento (CE) núm. 1107/2006, o a ambos según corresponda (art. 12). Es cierto que esta previsión puede contribuir de forma muy positiva para identificar la entidad RAL competente para resolver el conflicto. Sin embargo, creemos que existe margen para la mejora. La adecuada protección del consumidor requiere que este reciba información no solo de sus derechos, sino también del derecho a tramitar reclamaciones, de cómo tramitarlas y frente a quién tramitarlas<sup>37</sup>. Esa es la asignatura pendiente a resolver. Deberían fomentarse y explotarse todos los medios de los que se dispone en tal sentido. Consideramos que el Centro europeo de consumidores, la propia Plataforma europea ODR<sup>38</sup>, así como los propios empresarios (art. 13 Ley /2017<sup>39</sup>) pueden y deben jugar un papel importante en tal sentido.

13. Dicha reclamación solo podrá ser inadmitida a trámite si concurre cualquiera de las causas previstas en el art. 7 de la POr., un precepto que eleva, como lo hace el art. 18 Ley 7/2017, la protección del consumidor frente a lo dispuesto en el art. 5.4º DRAL<sup>40</sup>. En el caso de que sea admitida, se dará audiencia a la compañía aérea o gestor aeroportuario reclamado, trasladándole la reclamación y documentación presentada por el consumidor y dándole un plazo de veinte días hábiles para que formule las observaciones y proponga o presente las pruebas que considere pertinentes para hacer valer su derecho<sup>41</sup>. En otro caso, se dará audiencia al consumidor por un plazo de diez días hábiles al objeto de que formule las alegaciones o presente los documentos que

---

<sup>37</sup> Sobre la importancia del principio de información en este ámbito, véase MARCHAL ESCALONA, N., “La protección del..”, *op.cit.*, nota 2, pp. 1015-1051.

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, sería de interés que la Plataforma Europea ODR incorporase una funcionalidad a fin de permitir conocer si las empresas responsables se encuentran adheridas u obligadas a participar ante alguna entidad RAL (MARQUÉS CEBOLA, C., “La resolución en línea...”, *op.cit.*, nota, 4, p. 379.

<sup>39</sup> Dicho precepto obliga a los empresarios a informar de ello a los consumidores. El problema es que dicha obligación solo existe cuando la entidad RAL en cuestión haya obtenido la acreditación europea. No obstante, sobre el efecto útil de esta disposición, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El sistema español...”, *op.cit.*, nota 21, p. 94.

<sup>40</sup> En el caso de que la AESA no admita la reclamación presentada, su resolución deberá ser motivada y deberá ser notificada al usuario dentro de los veintidós días naturales desde la recepción de la reclamación (art. 11.2º POr.). Contra la misma, se podrá interponer recurso potestativo de reposición contra aquella resolución, que pone fin a la vía administrativa. En cualquier caso, la presentación de la reclamación ante la AESA suspenderá o interrumpirá los plazos de caducidad y prescripción de acciones que sean aplicables (art. 13 POr.).

<sup>41</sup> Transcurrido el plazo previsto sin que la compañía aérea o gestor aeroportuario reclamado haya formulado observaciones, se le tendrá por desistido del respectivo trámite, prosiguiéndose la tramitación del procedimiento, pudiendo prescindirse del trámite de audiencia del interesado (art. 16.1º POr.).

estime pertinentes, y proponga otros medios de prueba de los que intente valerse, teniéndole por decaído en el trámite en el caso de que no le dé cumplimiento en el plazo indicado (art. 16.2º POr.).

14. Mención especial merece la posibilidad que ofrece el art. 15.1º de la POr. de acordar, de oficio o a instancia de parte, la acumulación de los procedimientos que guarden identidad sustancial o íntima conexión, es decir, de aquellas reclamaciones que traigan causa en los mismos hechos. Establece así una regla de litispendencia que debe ser valorada en sentido positivo, pues resulta eficiente en términos de análisis económico del Derecho. Además, en los procedimientos no acumulados que tengan su causa en los mismos hechos, la POr. establece la facultad que posee la AESA de incorporar al respectivo las alegaciones y documentación presentada por la compañía aérea o el gestor aeroportuario formuladas en otros procedimientos para así determinar si concurren las circunstancias determinantes de la aplicación de los reglamentos de la Unión Europea, en cuyo caso, la audiencia con la compañía aérea o el gestor aeroportuario podrá referirse a otros aspectos, tales como la cuantificación de la reclamación concreta del consumidor (art. 15.2º POr.). Una previsión que merece igualmente una valoración positiva, pues permite dictar resoluciones participadas por el principio de coherencia.

15. La AESA deberá resolver sobre la práctica de las pruebas propuestas por las partes, pudiendo acordar, de oficio, la práctica de las pruebas complementarias que considere imprescindibles para la solución de la controversia. Ahora bien, es de reseñar que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad (art. 17 POr.)<sup>42</sup>. Practicadas las pruebas admitidas, se dará nueva audiencia a las partes por un plazo improrrogable de diez días hábiles, si fuera necesario para garantizar la igualdad y contradicción de las partes en el procedimiento, y, a continuación, resolverá la AESA y determinará las medidas a adoptar (art. 18.1 POr.). El plazo para dictar esta resolución será de noventa días naturales contados desde la fecha de la presentación de la reclamación o, en su caso, desde la fecha en que conste en soporte duradero que se ha recibido la documentación completa y necesaria para tramitar el procedimiento (art. 18.2 POr.), prorrogables cuando concorra especial complejidad en la controversia, o

---

<sup>42</sup> Cabe advertir que las pruebas propuestas de oficio por la Agencia, serán costeadas por esta en función de sus disponibilidades presupuestarias. Por lo que, a nuestro juicio, en la práctica serán pocas las pruebas que se practiquen de oficio.

cuando no existan o se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles<sup>43</sup>. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución, el consumidor podrá entender desestimada su reclamación por silencio administrativo (art. 18.4º POr.)<sup>44</sup>.

### **3.3. La adaptación de la iniciativa proyectada al marco europeo y estatal de resolución alternativa de litigios de consumo**

16. El procedimiento de resolución de controversias descrito y regulado en la Propuesta de Orden responde, según establece su art. 8, a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. A continuación, nos ocuparemos de analizar hasta qué punto la iniciativa proyectada responde a las exigencias del Derecho europeo y la Ley 7/2017.

#### **A) Principio de independencia, imparcialidad y eficiencia**

17. La financiación pública de la que dispone la AESA facilita el cumplimiento del principio de independencia e imparcialidad que los arts. 6 DRAL y 23 a 25 Ley 7/2017 establecen. Tampoco cabe dudar del cumplimiento de las condiciones y cualificación que se exigen a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos (*ex art. 6 DRAL y 22 Ley 7/2017*), puesto que la competencia para resolver de los litigios surgidos en este ámbito corresponde a la AESA, a través de su Director/a (arts. 19.1º y arts. 3.1º POr.), por lo que debe presuponerse que será/n una/s persona/s con conocimientos necesarios y una metodología de actuación suficientes para hacer un análisis jurídico de la situación litigiosa y aplicar correctamente las normas. Por el contrario, no podemos entrar a valorar si esta iniciativa cumple o no con las exigencias derivadas del principio de imparcialidad, puesto que no se especifica nada. Quizás, porque esta cuestión debe estar prevista y regulada en el Estatuto de la Agencia, que entendemos que deberá ser modificado para que la AESA pueda ser acreditada (*ex art. 29 Ley 7/2017*). De hecho, la existencia de dicho Estatuto nos permite concluir el cumplimiento del principio de transparencia, siempre que sean observadas las exigencias contenidas en el art. 35 Ley 7/2017. Eso sí, para cumplir con la segunda

---

<sup>43</sup> Dicha prórroga, que deberá acordarse motivadamente y deberá notificarse a las partes, no podrá ser superior al plazo de noventa días naturales previsto para la resolución.

<sup>44</sup> Dicha resolución será vinculante e inmediatamente ejecutiva para la compañía aérea que deberá hacerla efectiva en un plazo máximo de un mes desde la notificación de la resolución, acreditando tal circunstancia ante la Agencia. En caso de que la compañía aérea no acredite en plazo el cumplimiento de la resolución, la Agencia podrá iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador, para la protección de los derechos de los usuarios del transporte aéreo (art. 18.5 POr.). Las resoluciones dictadas por el Director de la Agencia ponen fin a la vía administrativa y frente a ellas solo cabrá el recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el potestativo de reposición.

vertiente de este principio (que obliga a ofrecer información sobre el número de litigios recibido, tipos de reclamaciones, problemas sistemáticos, etc.), la AESA deberá contar con medios personales y materiales suficientes. Y ahí es donde radica, a nuestro juicio, el mayor problema, dado que en la Disposición Adicional primera de la POr. establece que las medidas incorporadas en esta normativa no suponen, en modo alguno, incremento de las asignaciones presupuestarias, ni de dotaciones o retribuciones u otros gastos de personal. Una decisión de política legislativa que comprometerá, sin duda alguna, la eficacia y efectividad de dicho procedimiento.

18. Mayores problemas presenta determinar la compatibilidad del régimen de la Propuesta de Orden respecto de las exigencias que se derivan del principio de eficacia (arts. 17, 10, 11 y 20 Ley 7/2017). Y es que, aunque el procedimiento sea accesible tanto en línea como en papel (art. 9 POr.), y las partes sean informadas de que no están obligadas a actuar asistidas por el abogado o asesor jurídico, la plena compatibilidad de este procedimiento con la DRAL y la Ley 7/2017 exige que el procedimiento tenga carácter gratuito o al menos un coste simbólico; cosa que, a nuestro juicio, será impracticable, puesto que la POr. impone la asunción de los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a la parte que las haya propuesto (art. 17.2º). Por otra parte, la plena compatibilidad del procedimiento el Derecho europeo y la Ley 7/2017 tiene que ver con el plazo máximo para la obtención de una solución al litigio. La POr. establece un plazo máximo de 90 días que puede ser extendido (art. 18.3º). De forma que, transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior sin que se haya dictado resolución, el usuario podrá entender desestimada su reclamación por silencio administrativo (art. 18.4º POr.). Una prescripción que, a nuestro juicio, puede afectar al principio de tutela judicial efectiva, en la medida en que puede llegar a convertir este proceso en una etapa adicional que debe observarse antes de poder acceder a la justicia ocasionando un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, incompatible con dicho derecho, como así ha establecido el Tribunal de Justicia de la UE en la Sentencia pronunciada en el caso *Alassini*<sup>45</sup>. Es evidente que el cumplimiento efectivo de dicho principio depende de la suficiencia de medios y personal con la que se dote a esta entidad.

#### B) Principio de equidad, libertad y legalidad

---

<sup>45</sup> As. C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146.

19. La coordinación entre el procedimiento de resolución de controversias establecido en la Propuesta de Orden y las exigencias que derivan del principio de equidad (art. 9 DRAL) es manifiesta al establecer aquella las exigencias relacionadas con el principio de contradicción (art. 16 POr.) y representación. (art. 14 POr.). Sin embargo, su plena compatibilidad exige que se informe al consumidor de que antes de dar su consentimiento a una solución propuesta, debe disponer de un plazo de reflexión no inferior a tres días hábiles a contar desde la recepción de la propuesta. Una exigencia que la que la Propuesta de Orden no ha incorporado. Además, creemos necesario abogar para que la información que deba darse al consumidor sea facilitada en un idioma comprensible para el consumidor, pues de lo contrario puede estar haciendo una renuncia inopinada a la vía judicial. A nuestro juicio, el «idioma» puede constituir uno de los mayores obstáculos para garantizar el acceso a una tutela judicial efectiva en los supuestos transfronterizos en este ámbito<sup>46</sup>. Lamentablemente, esta cuestión no ha sido expresamente prevista ni regulada ni en la DRAL ni en la Ley 7/2017 ni en la POr.

20. En cuanto al principio de libertad, el art. 15 Ley 7/2017 contempla situaciones en las que no se requiere la acepción *ad hoc* del empresario para el inicio del procedimiento ante una entidad RAL, lo que sucede cuando la empresa está obligada a participar en el procedimiento ante una entidad RAL, como sucede en el procedimiento diseñado ante la AESA (art. 8 POr.), cuya compatibilidad con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción puede ponerse en tela de juicio. Ahora bien, lo que esta iniciativa legislativa parece no tener claro es la diferencia que existe entre el carácter que debe revestir el procedimiento ante la AESA del carácter que reviste la decisión que se adopte en el mismo. Y ello, porque del tenor literal del art. 6 de la POr. cabe deducir que el procedimiento ante la AESA es de naturaleza obligatoria tanto para el gestor aeroportuario como para la compañía aérea, pero, según el art. 8.2º b) de la misma, dicho procedimiento es para los usuarios y los gestores aeroportuarios de aceptación voluntaria y resultado no vinculante; mientras que para las compañías aéreas es de aceptación obligatoria y resultado vinculante [art. 8.2º c) POr.] Ese extremo es confuso y debe ser aclarado. A nuestro juicio, la intención del legislador era configurar un procedimiento de naturaleza obligatoria tanto para la compañía aérea como el gestor aeroportuario, pero con resultado vinculante solo para la compañía aérea. Una opción de

---

<sup>46</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Las relaciones entre las entidades de RAL...”, *op.cit.*, nota 6, pp. 511-524.

política legislativa que no compartimos. el procedimiento debería ser, *de lege ferenda*, de aceptación obligatoria y resultando vinculante tanto para compañías aéreas como para gestores aeroportuarios. Por lo que, la POr. debería ser modificada en dicho sentido. Pero hay que ser realistas. La modificación propuesta va claramente en contra de los intereses gestores aeroportuarios, y hay que tener en cuenta que en España el mayor gestor aeroportuario es AENA, sociedad pública, y esta, como es obvio, hará todo lo que esté en sus manos para evitar que esta se produzca.

El problema radica en saber cuál es el alcance que posee dicha obligación legal, es decir, hasta qué punto la compañía aérea o el gestor aeroportuario tiene la obligación legal de participar en dicho proceso, lo que implica también conocer cuál es la entidad RAL que se ocupará de tramitar el procedimiento de resolución del conflicto. Ni la DRAL ni la Ley 7/2017 establecen la ley a la que corresponde decidir en torno a la existencia de una eventual obligación legal de adhesión al procedimiento ante una entidad RAL. La DRAL parece apuntar que dicha cuestión depende del lugar donde esté establecida la empresa. Por lo que, según esto, serán las compañías aéreas y gestores aeroportuarios establecidos en España los que tendrían la obligación legal de someterse ante el procedimiento ante la AESA. Pero también es cierto que, según F.Esteban de la Rosa, la existencia de un volumen importante de actividad de una empresa en un país distinto a de su establecimiento podría proporcionar argumentos para extender sobre tales empresas las mencionadas obligaciones<sup>47</sup>. Por lo que, sería, por tanto, muy útil y necesario que la futura normativa se pronunciara al respecto.

21. Ahora bien, ¿qué carácter reviste la participación del consumidor es este procedimiento? Ni la DRAL ni la Ley 7/2017 establecen la ley a la que corresponde decidir si el consumidor tiene la obligación legal de adhesión al procedimiento ante una entidad de RAL, pero lo que sí es evidente es que si dicha ley obliga al consumidor a participar ante dicha entidad, puede suponer una excepción y un límite importante al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que no se observen lo preceptuado en el Derecho europeo<sup>48</sup>, tal y como ha sido refrendado en las decisiones del TJ de 18 de

---

<sup>47</sup> *Id.* “El régimen de Derecho internacional privado de la resolución alternativa de litigios de consumo en la Directiva 2013/11/UE y la Ley 7/2017”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O., (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, p 428.

<sup>48</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Las relaciones entre las entidades de RAL...”, *op.cit.*, nota 6, pp. 516-520.

marzo de 2010 y de 14 de junio de 2017 dictada en el asunto *Livio Menini y Sra. M. Antonia Rampanelli y el Banco Popolare Società Cooperativa*<sup>49</sup>.

22. El art. 18.1º de la POOr. no deja lugar a dudas sobre la necesidad de preservar los derechos de los consumidores tales y como son reconocidos en los Reglamentos Europeos. Ahora bien, a la vista de la dicción del artículo 11 DRAL, transpuesto en el art. 16.1º Ley 7/2007, la compatibilidad del proceso diseñado en este ámbito con el principio de legalidad apunta a la necesidad de habilitar un mecanismo de impugnación de la decisión adoptada que permita verificar su conformidad a derecho o, más bien, que la decisión alcanzada no menoscaba los derechos reconocidos al consumidor<sup>50</sup>.

#### 4. HACIA LA “MEDIACIÓN OBLIGATORIA MITIGADA” EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

##### 4.1. Introducción: del cambio de modelo y su funcionalidad

23. Cada vez cobra más fuerza entre la doctrina la conveniencia de desarrollar vías de actuación conjuntas y coordinadas entre los diferentes mecanismos de resolución de controversias en el ámbito del Derecho de consumo capaces de satisfacer las necesidades del consumidor transfronterizo<sup>51</sup>. De hecho, desde propias europeas se han barajado propuestas en este sentido<sup>52</sup>. En este contexto, cabe destacar el estudio de Derecho comparado, elaborado a iniciativa del Parlamento Europeo, sobre la aplicación de la Directiva sobre mediación<sup>53</sup>, en el que se reconoce que, a pesar de los evidentes beneficios que la mediación despliega, este sigue siendo un sistema escasamente utilizado para la resolución de los conflictos<sup>54</sup>. De ahí que la mayoría de los expertos sugirieran la conveniencia de introducir la mediación obligatoria en los diferentes

<sup>49</sup> As. 75/16, ECLI:EU:C:2017:457.

<sup>50</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Las relaciones entre las entidades de RAL...”, *op.cit.*, nota 6, p. 513.

<sup>51</sup> VOS, G., “The Relationship between Formal and Informal Justice: the Courts and Alternative Dispute Resolution (ADR)” en *The Implementation of the mediation Directive 29 November de 2016* [http:// www.europarl.europa.eu/supporting-analyses](http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses), pp. 31-42. En Derecho comparado existen experiencias en este sentido, como así sucede, por ejemplo, con los *mediateurs* de consumo en Francia, la mediación adjudicativa en Italia, los procesos ante la Oficina Nacional de Reclamaciones de los Consumidores en Suecia o el *Financial Ombudsman Service* en el Reino Unido (MARCHAL ESCALONA, N., “Las relaciones entre las entidades de RAL...”, *op.cit.*, nota 6, pp. 523-524).

<sup>52</sup> VOS, G., “The Relationship between Formal and Informal Justice...”, *op.cit.*, nota 50, pp. 31-41.

<sup>53</sup> El resultado de dicho estudio se reflejó en el documento titulado “«Rebooting» the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU”, presentado por la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo en febrero de 2014 en Bruselas (<http://www.europarl.europa.eu/studies>).

<sup>54</sup> Lo que se ha dado en llamar la “paradoja de la mediación”, es decir, la desconexión que existe entre los beneficios de la misma y el uso tan limitado que se hace de ella (PÉREZ MORIONES, A., “En torno a la paradoja de la mediación”, *La Ley*, 2014, núm. 8316, p. 3).

sistemas jurídicos para, de este modo, aumentar significativamente su uso en la Unión Europea<sup>55</sup>. Es cierto que la eliminación del carácter voluntario que corresponde a la mediación puede comportar la violación al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. No obstante, es una opción que cada día cuenta con más adeptos, y debe ser una opción a tener en cuenta<sup>56</sup>.

24. Por ello, debe ser bien saludada de la nueva iniciativa legislativa para implantar en nuestro país de forma decidida la mediación como institución complementaria a la Administración de Justicia. A tales efectos, propone instituir diferentes medidas destinadas a superar el modelo de mediación voluntaria vigente en Derecho español y sustituirlo por el de “obligatoriedad mitigada”<sup>57</sup>. Tales objetivos pretenden materializarse, según anuncia la Exposición de motivos de dicho Anteproyecto, a través de ciertas medidas de índole procesal<sup>58</sup>, sin olvidar la labor que la concienciación<sup>59</sup> y la formación<sup>60</sup> puede desempeñar para la efectiva instauración de este sistema de resolución de conflictos en nuestro país<sup>61</sup>.

25. En concreto, la nueva regulación pretende superar el modelo de mediación actualmente vigente basado en su carácter exclusivamente voluntario (art. 6 Ley 5/2012). El legislador busca implantar un modelo de mediación obligatoria/voluntariedad “mitigada”, capaz de desempeñar un papel fundamental en

---

<sup>55</sup> “«Rebooting» the mediation Directiva...”, *op.cit.*, nota 52, p. 164.

<sup>56</sup> DE PALO, G., CANESSA, R., “New Trends for ADR in the European Union”, en CORTÉS, P. (ed.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 418).

<sup>57</sup> Un modelo que ya había sido propuesto tanto en el Anteproyecto de Ley de mediación de 2010 como el Proyecto de Ley de 2011, además, de ser una propuesta reclamada por la judicatura en el Informe de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia del año 2009 (PÉREZ MORIONES, A. “El Anteproyecto de Ley...”, *op.cit.*, nota núm. 51, p. 5).

<sup>58</sup> A tales efectos, aborda la reforma desde varios frentes normativos, como lo son: la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000 y posteriores modificaciones), la Ley 5/2012 y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (*BOE* núm. 11, de 12 de enero de 1996 y posteriores modificaciones).

<sup>59</sup> Aunque, sorprendentemente, no se incluye ninguna, a pesar de haber sido anunciadas en la Exposición de motivos.

<sup>60</sup> De hecho, en el plazo de un año desde la publicación de la ley se prevé la modificación de los planes formativos del grado en Derecho, así como de otros grados afines para incluir la asignatura de mediación como obligatoria (Disposición Adicional segunda). El Informe CGPJ al Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación va más allá y establece la oportunidad de extender dicha previsión a ciclos formativos e incluirla en temarios de oposiciones a cuerpos de la Administración. Disponible en [http://mediasviewer.wkcols.com/pdfView.ashx?url\\_data\\_id=8905072&repositoryType=es&action=GET](http://mediasviewer.wkcols.com/pdfView.ashx?url_data_id=8905072&repositoryType=es&action=GET) p. 55.

<sup>61</sup> Resulta llamativa la previsión de una *vacatio legis* de tres años (Disposición Final segunda), pues compagina mal con el objetivo de implantar la mediación. Sobre la necesidad de reducir dicho período, véase el Informe CGPJ al Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, *cit.* nota 58, p. 55.

dos momentos procesales distintos: previamente a la interposición de determinadas demandas –mediación extrajudicial– y durante el proceso –mediación intrajudicial–.

A tales efectos, el Anteproyecto modifica el art 6.1º de la Ley 5/2012 para prever la obligación de las partes de llevar a cabo –solo en un número determinado de materias– un intento de mediación con carácter previo al inicio de un proceso. Este consistirá en la celebración ante el mediador de una sesión informativa y una exploratoria, que podrán celebrarse en un único acto, que deberá realizarse dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda y a la que tendrán que asistir las partes, bien personalmente, si se trata de personas físicas, bien por medio de representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas. El modelo propuesto resulta, en principio, compatible con el principio de voluntariedad, propio de la mediación, puesto que implica únicamente la obligación de las partes de asistir en determinadas materias y procesos a ciertas sesiones dirigidas a informar y explorar tanto el asunto objeto de controversia como el posicionamiento inicial de las partes, en las que las partes recibirán información clara y precisa del procedimiento, de la dinámica de trabajo que se seguirá en caso de que finalmente se acuerde continuar la mediación y de sus beneficios frente a la vía judicial en cuanto a ahorro de tiempo y costes, para que, de este modo, puedan decidir acerca de la utilización de este mecanismo de resolución de controversias<sup>62</sup>.

Lo que es evidente y debe quedar fuera de cualquier debate es que la mediación que se propugna no pretende obligar a las partes en litigio a alcanzar ningún acuerdo. Constituye solo un requisito de procedibilidad, por lo que existe el riesgo de que dicha exigencia se convierta en un mero trámite burocrático que haga aumentar los trámites y plazos para la resolución de litigios en el ámbito del derecho de consumo<sup>63</sup>. Para evitarlo, el legislador debería de haber establecido tanto medidas disuasorias como también incentivadoras capaces de alentar y animar no el recurso a la mediación, no

---

<sup>62</sup> PÉREZ MORIONES, A., “Mediación obligatoria previa al ejercicio de la acción judicial en litigios promovidos por consumidores: a propósito de la STUE de 14 de junio de 2017 (As. C.75/16)”, *Diario La Ley*, 2017, núm. 9056, pp. 10-11.

<sup>63</sup> Advirtiendo de este riesgo véase el Informe CGPJ al Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, *cit.* nota 59, p. 22.

solo como mero trámite, sino para la resolución del propio conflicto<sup>64</sup>. Es cierto que Anteproyecto de Ley ha previsto algunas medidas, como considerar la mediación como prestación incluida en el derecho a asistencia jurídica gratuita (art. 6.11º Ley de asistencia gratuita en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley), excluir de la eventual condena en costas los derechos y honorarios devengados por abogado y procurador en caso de que no se haya acudido a un intento de mediación sin causa justa que lo hubiera impedido (art. 35.2º LEC en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley) o establecer que no habrá un pronunciamiento de costas a favor de la parte que no hubiera acudido a un intento de mediación sin causa justificada (arts. 394.1º.3 y 539.2º.2 LEC en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley). Pero, a nuestro modo de ver, estas medidas resultan insuficientes. Estas deberían de acompañarse de otras como la reducción de tasas judiciales ulteriores, como ya se ha experimentado en Italia con resultados muy interesantes, e, incluso, la imposición de sanciones, como así sucede en otros países de nuestro entorno<sup>65</sup>, siempre que estas no supongan una limitación injustificada al principio de tutela judicial efectiva, como así ha determinado el TJ en la Sentencia de 14 de junio de 2017.

Dicho Anteproyecto contempla también la posibilidad de que el procedimiento de mediación se inicie por decisión judicial. A tales efectos, introduce dos nuevos artículos (398 *bis* y 398 *ter*) en la LEC, que conformarán el nuevo Capítulo IX del Título I del Libro II LEC. En él se prevé la posibilidad de que el tribunal que conozca de la primera instancia de los procesos declarativos, o de la segunda instancia cuando no se hubiera acordado en la primera. No dudamos de la bondad de la medida, pero su implantación supondría la necesidad de modificar las limitaciones que la Ley 7/2017 establece [art. 18.1 d)] y que permite rechazar una reclamación cuando otra entidad de resolución alternativa, o un órgano jurisdiccional, estén conociendo del mismo litigio o este haya sido resuelto<sup>66</sup>. Así como también, debería de hacerse todo lo posible para eliminar la creencia que existe entre los consumidores de que tienen la obligación de

---

<sup>64</sup> En este mismo sentido véase el Informe CGPJ al Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, *cit.* nota 59, p. 40.

<sup>65</sup> En el Informe realizado por la Comisión sobre la aplicación práctica de 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 se evidencia que en Derecho comparado la heterogeneidad es la nota general en este ámbito [COM (2016) 542 final, Brussels, 26 de agosto de 2016, p. 8].

<sup>66</sup> CORTÉS, P., “The impact of EU Law in the ADR landscape in Italy, Spain, and the UK: Time for change or missed opportunity?”, *Era Forum*, Vol. 16, 2015, p. 8.

participar ante una entidad de RAL cuando su utilización es promovida por un tribunal estatal. Una cuestión que no reviste mayor problema si se cumple de forma efectiva el 9 DRAL y, sobre todo, si existe un verdadero y auténtico asesoramiento independiente al consumidor de que ello no es así, de que puede desistir del procedimiento iniciado ante una entidad de RAL en cualquier momento y acudir al correspondiente tribunal estatal.

26. Con todo, debería también asegurarse la calidad de los mediadores y de la mediación<sup>67</sup>. A nuestro juicio, resultan insuficientes las medidas adoptadas por el legislador en la iniciativa propuesta en este ámbito, donde solo se limita a establecer que para actuar como mediador será necesaria la inscripción en el Registro de Mediadores e Institución de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia o en los registros habilitados a tal fin por las comunidades autónomas<sup>68</sup>.

27. A continuación, nos centraremos, en concreto, en determinar si la mediación extrajudicial que el legislador español propone instaurar compatible con el Derecho europeo y, en concreto, con el derecho a una tutela judicial efectiva.

#### **4.2. La mediación extrajudicial y su compatibilidad con el Derecho a una tutela judicial efectiva**

28. En España, la mediación se contempla como una institución ajena a nuestra cultura y forma de resolución de conflictos. De ahí que resulte loable el intento del legislador español por instaurarla de forma definitiva en nuestro país. Para fomentar su utilización el legislador ha modificado el art. 6 de la Ley 5/2012 imponiendo a las partes la obligación de llevar a cabo un intento de mediación con carácter previo al inicio de un proceso declarativo. El Anteproyecto adopta, así, un modelo similar al establecido en

---

<sup>67</sup> A tales efectos, se contempla, finalmente, la creación de una Comisión de Seguimiento del Impulso de la Mediación en España que deberá elaborar un informe analizando el impacto de la aplicación de las nuevas medidas en los cinco años siguientes a la aplicación de la ley (Disposición Final).

<sup>68</sup> El Anteproyecto de Ley solo apuesta por una mejor cualificación profesional del mediador en el ámbito del Derecho de familia al que se exigirá formación en igualdad y detección de violencia de género, de forma que, si iniciado el procedimiento observa indicios de delito de violencia de género, ponga fin al mismo.

Italia (art. 5 1º. bis del Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, n. 28<sup>69</sup>) y acogido paulatinamente en otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>70</sup>.

Esta obligación, como hemos visto, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda que afectará a un número significativo de supuestos, que no supone una obligación de someterse a un proceso completo de mediación o consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio. En concreto, las materias que pueden ser objeto de mediación se enmarcan en los ámbitos civil y mercantil<sup>71</sup>, aunque no todas, pues solo comprende a aquellos conflictos surgidos de relaciones personales o comerciales sostenidas en el tiempo (art. 6 Anteproyecto de Ley<sup>72</sup>). Lamentablemente, a nuestro juicio, esta iniciativa excluye a un número considerable de contratos de consumo al no incluir aquellos contratos de suministros de bienes y servicios celebrados en masa, como sucede en los contratos bancarios o los contratos de seguro. *De lege ferenda* sería conveniente que dicha obligación incluyese, como así lo hace el Derecho italiano, a este tipo de contratos. Solo tenemos que pensar, por ejemplo, lo sucedido con las preferentes o las cláusulas suelo. ¿Cuánto dinero se habría ahorrado el Estado y los contribuyentes si se hubiesen sometido a mediación la mayoría de los casos que han afloraron en los últimos tiempos en nuestro país?

---

<sup>69</sup> SCANNICCHIO, N., “L’adeguamento dell’ordinamento italiano alla nuova disciplina europea sulla risoluzione alternativa delle controversia di consumo”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F., (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 683-686.

<sup>70</sup> HERRERA DE LAS HERAS, R., “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, *Indret*, 2017, núm.1, pp. 13-16.

<sup>71</sup> Sobre la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de esta iniciativa al ámbito penal, contencioso administrativo e, incluso, tributario véase el Informe CGPJ al Anteproyecto de Ley..., *cit.*, nota 58, pp. 32-33.

<sup>72</sup> En concreto, será necesario intentar la mediación antes de acudir a la vía judicial en distintos tipos de acciones que se pueden articular en torno a esta estructura: a) relaciones jurídicas en las que existe un trato habitual entre las partes. Existe un substrato o vínculo personal que puede interesar a las partes preservar de una u otra forma (procedimientos matrimoniales, derechos reales, muy habituales entre vecinos o coherederos, división patrimonios, sucesiones, propiedad horizontal y arrendamientos); b) asuntos en los que la discrecionalidad del juez es elevada y por tanto sujetos a un alto grado de inseguridad en el resultado del juicio (indemnizaciones por negligencia profesional, contratos de obras y c) asuntos que por su escasa relevancia debe evitarse el juicio al ser mayor el coste del juicio que el valor de la demanda (reclamaciones entre particulares por cantidades inferiores a 2000 euros –que no traigan causa en materia de consumo–).

29. El legislador, como bien indica la Memoria presentada por el Consejo General del Poder Judicial<sup>73</sup>, ha tratado de instaurar una fórmula respetuosa con el marco interpretativo europeo fijado en la Sent. dictada por el TJ el 14 junio de 2017. Con todo, resulta preciso determinar hasta qué punto la obligación de iniciar un procedimiento de mediación obligatoria antes de acudir a la vía judicial resulta compatible o no con el Derecho europeo y, en concreto, con el derecho a una tutela judicial efectiva. La respuesta a esta cuestión pasa por conocer cuál es el alcance de la obligación de mediar requerida<sup>74</sup>. No hay duda alguna de la compatibilidad existente entre el derecho a una tutela judicial efectiva y aquellos procedimientos en los que la mediación posee un carácter voluntario, como así sucede en el actual Derecho español. La situación es distinta cuando la mediación presenta un carácter obligatorio. En cuyo caso, es crucial conocer cuál es el alcance de la mediación a realizar. Somos conscientes de que no pueden tratarse de la misma manera aquellos casos en los que es necesario que las partes sigan y paguen por un procedimiento de mediación completo; que aquellos otros que, por el contrario, tienen la obligación, como así sucede en la iniciativa propuesta, por una sesión inicial, gratuita, para comprobar simplemente la idoneidad de seguir un proceso de mediación que evite el litigio. Por lo que, no cabe duda, pues, de la legitimidad y compatibilidad con el derecho a la tutela judicial del segundo supuesto, donde la opción de acudir a la vía judicial queda intacta, como bien ha afirmado el TJ en la sentencia pronunciada el 14 de junio de 2017; mientras que en el primero sucede lo contrario.

31. A nuestro juicio, el hecho de imponer al consumidor la obligación de iniciar un procedimiento de resolución alternativa de controversias lejos de suponer un obstáculo para el cumplimiento del objetivo de la DRAL, tiende a garantizarlo en tanto en cuanto dicha obligación pretende aliviar la carga de trabajo de los tribunales

---

<sup>73</sup> Memoria del análisis de impacto normativo en el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación  
[https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429062869?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMemoria\\_de\\_Analisis\\_de\\_Impacto\\_Normativo\\_Mediacion.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429062869?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMemoria_de_Analisis_de_Impacto_Normativo_Mediacion.PDF)

<sup>74</sup> DE PALO, G., D'URSO, L., "Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings", en *The implementation of the Mediation Directive 29 November 2016* que recoge la investigación requerida por el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, pp. 11-17).

estatales<sup>75</sup>. No obstante, dicho requisito sí podría afectar al principio de tutela judicial efectiva, en la medida en que introduce una etapa adicional que debe observarse antes de poder acceder a la justicia. No obstante, tanto el TJ como el propio Tribunal Constitucional (TC)<sup>76</sup> consideran que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas respondan a objetivos perseguidos de interés general. Como ya indicara el TJ en la Sentencia dictada el 18 de marzo de 2010, la legitimidad de esta exigencia puede mantenerse, siempre y cuando ello no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpa la prescripción de los correspondientes derechos, no ocasione gastos u ocasione gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.

32. Para saber, por tanto, si el modelo propuesto en esta iniciativa legislativa resulta compatible con el marco normativo europeo y, en particular, con el derecho a una tutela judicial efectiva se impone concretar si este cumple o no con los requisitos establecidos por el TJ. *A priori*, el análisis de la mediación propuesta evidencia su compatibilidad con el principio de tutela judicial efectiva, puesto que las partes no tienen obligación de llegar a un acuerdo<sup>77</sup>. Estas solo deben participar en dos sesiones (informativa<sup>78</sup> + exploratoria) que, para que no suponga un retraso sustancial a la vía judicial, pueden desarrollarse en la misma, y su duración debe ser lo más breve posible. De hecho, según la normativa proyectada, este no podrá exceder de tres meses desde la recepción de la solicitud por el mediador (art. 6 del Anteproyecto de Ley). Es evidente que la compatibilidad de la regulación proyectada con el Derecho europeo y el principio a la tutela judicial efectiva exigirá un cumplimiento riguroso de dicho plazo.

---

<sup>75</sup> Apartado 76.

<sup>76</sup> Auto 72/2016, de 12 de abril del TC (RTC 2016/72), aunque esta no es, lamentablemente, la postura adoptada por el TC en la Sent. 1/2018, de 11 de enero de 2018 al declarar la inconstitucionalidad del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (ECLI:ES:TC:2018:1).

<sup>77</sup> De hecho, el art. 20.2º de la Ley 5/2012 modificado por el Anteproyecto de Ley señala que, “*celebrado el intento de mediación, los interesados podrán interponer la demanda declarativa, con independencia del estado en el que se encuentre la mediación*”.

<sup>78</sup> El art. 17.2º Ley 5/2012, modificado por el Anteproyecto, fija el contenido de la sesión informativa, en la que el mediador tiene que comunicar a las partes las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, su profesión, formación y experiencia, las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pueda alcanzar y el plazo para la firma del acta de la sesión constitutiva.

33. Mediación y vía judicial se presentan, pues, complementarias en la diseñada propuesta legislativa y compatibles con el marco normativo europeo y las decisiones del TJ. Con todo, es preciso que el consumidor sea efectivamente informado de las consecuencias que puede acarrear su ausencia injustificada en la tramitación de tales sesiones. Es cierto que el art. 17.1º Ley 5/2012, en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley, obliga al mediador a informar con claridad y precisión a los interesados de las consecuencias procesales que puede acarrearles su falta de asistencia no justificada a la sesión informativa, ya que puede afectar no solo a las costas derivadas del proceso, sino también a la inadmisión a trámite de la demanda posterior (art. 403 LEC en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley). Dada, pues, la importancia que tiene el que el consumidor sea informado de ello, creemos que, en el ámbito de las reclamaciones de consumo transfronterizas, es necesario exigir que dicha información deba proveerse al consumidor, para que llegue a comprender lo que se le está informando, en un idioma comprensible y accesible para él. Con la actual redacción no se garantiza dicha exigencia, lo que puede constituir un obstáculo de entidad considerable al derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo que, a nuestro juicio, debería estipularse una previsión expresa en tal sentido.

Cuestión distinta es determinar hasta qué punto la posibilidad de que sea inadmitida a trámite la posterior demanda judicial por no haber intentado –de forma injustificada– la mediación es o no contraria al principio a una tutela judicial efectiva. Siguiendo las argumentaciones del TJ en su sentencia dictada el 18 de marzo de 2010, dicha medida debería perseguir un objetivo legítimo y justificado, no existir una alternativa menos severa y ser proporcional. Dicha sanción responde, a nuestro juicio, a un objetivo legítimo, puesto que aspira a lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios. Sería preciso, pues, verificar si hay otra alternativa menos severa a dicha sanción y si existe proporcionalidad o no entre los objetivos perseguidos y los inconvenientes que eventualmente podrían ocasionarse con la inadmisión a trámite de la posterior demanda<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Proponiendo soluciones alternativas, MERELLES PÉREZ, M., “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación”, *Diario La Ley*, 2019, núm. 9374, p. 8.

34. Con todo, la iniciativa proyectada cumple a grandes rasgos con las exigencias requeridas por el TJ y, en particular, la que exige la prescripción de los correspondientes derechos al suspender los plazos de prescripción o de la caducidad de las acciones desde la fecha en la que conste la redacción de dicha solicitud por el mediador. De forma que la reanudación de los plazos tendrá lugar desde que el mediador haya extendido el acta de conclusión del proceso de mediación (art. 4 Ley 5/2012 modificado por el Anteproyecto de Ley). Cuestión distinta es la preocupación que causa todo lo referente a la suspensión de las actuaciones, puesto que es un tema delicado que, utilizado de forma abusiva puede suponer una ralentización de la resolución del litigio y, por tanto, una vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva.

35. El TJ exige también, para que dicho procedimiento previo resulte compatible, que no ocasione gastos, o que sean de escasa entidad. En el Anteproyecto de Ley no exige la presencia ni de abogado ni de procurador para asistir a la mediación y, además, se ha previsto prevé la ampliación del derecho de asistencia jurídica gratuita para incluir en su ámbito material la intervención del personal mediador (artículo 6.11º de la Ley 1/1996 en la redacción anteproyectada). Por lo que, en principio, puede considerarse cumplido dicho requisito. No obstante, sería preferible una declaración expresa en dicho sentido. Además, sigue el TJ, para que exista dicha compatibilidad debe poder solicitarse medidas cautelares. Es cierto que el art. 10 Ley 5/2012 establece que “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación” no se puede ejercitar ningún tipo de acción judicial en relación con su objeto, salvo la petición de medidas cautelares u otras medidas urgentes y que, por su parte, el art. 722 LEC –en la redacción dada por el Anteproyecto de Ley– regula la posibilidad de solicitar medidas cautelares por quién acredite ser parte de un pacto de mediación o de un proceso de medicación (en España o en el extranjero). Sin embargo, este precepto no se refiere, precisamente, a la posibilidad de solicitarlas con antelación al mismo procedimiento de mediación. No hay nada previsto. No obstante, desde una perspectiva puramente teórica y pese al silencio legal al respecto, esa posibilidad existe, pues así lo prevé el art. 730.2º LEC, siempre que el solicitante de las medidas cautelares acredite razones de urgencia o necesidad. Nos encontramos con una situación que, desde una perspectiva hipotética, podría llegar a suceder; sin embargo, desde un plano práctico, consideramos que difícilmente pudiera

prosperar la solicitud de unas medidas cautelares preprocesales y premediales. No obstante, reconocemos que estas pueden concurrir y, por ende, no estaría de más que el legislador regulase dicha posibilidad concretando cómo, el cuándo y ante qué autoridad se pueden solicitar tales medidas, salvando, además, el requisito de la presentación en el plazo de veinte de días de la oportuna demanda que dispone el derecho español (art. 730.2º LEC).

## 5. CONCLUSIONES

36. Con la adopción de la Ley 7/2017 el legislador español pretende conseguir cambios significativos en el modelo de resolución de litigios de consumo en nuestro país, capaz de promover la confianza de los consumidores, necesaria para dinamizar e impulsar la contratación de consumo. No obstante, su promulgación ha sido solo el comienzo de un proceso en el que queda todavía mucho por hacer para que la normativa española se adapte por completo al marco europeo, así como para completar el sistema diseñado en la propia Ley, tal y como contempla la Disposición Final segunda de la misma. Hacia esta finalidad se orienta la Propuesta de Orden presentada por el Gobierno para la resolución alternativa de litigios en el ámbito del transporte aéreo. Su análisis nos lleva a concluir que la normativa proyectada no se adapta del todo bien a las exigencias derivadas del marco normativo europeo y, en particular, a aquellas que provienen del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en conformidad con los arts. 47 CEDF y 19 TUE. El nuevo Derecho europeo plantea la necesidad de incluir dentro de su ámbito de aplicación a litigios transfronterizos –tal y como son definidos por aquel–, de aclarar que los litigios de los que derivan las reclamaciones pueden haber surgido en línea o no, así como la modificación de algunos aspectos que afectan al cumplimiento de los requisitos que derivan, especialmente, del principio de transparencia, eficacia y equidad.

37. Consideramos que no es posible constituir un nuevo sistema de resolución sin fomentar el diálogo o la sinergia entre las entidades de RAL y los sistemas judiciales. Fórmulas para lograrlo hay muchas, y en Derecho comparado existen ejemplos de ello. Por ello, debe ser bien saludada la iniciativa legislativa recientemente presentada por el legislador español, donde pretende optar, al igual que sucede en el sistema italiano, por un sistema de “mediación obligatoria”. Un modelo que, a grandes rasgos, resulta compatible con el marco normativo europeo, siguiendo la doctrina del TJ, aunque, como hemos evidenciado, hay algunos aspectos en la misma que habrá que

mejorar y pulir. No obstante, los elementos mejorables detectados no logran ocultar la trascendencia de la proyectada regulación, que está llamada a ser un instrumento indispensable para estimular el “eclipse procesal” tan preciso y aclamado en materia de consumo.

38. Con todo, en el ámbito de la resolución de conflictos en materia de consumo el mayor reto es procurar que el consumidor comprende la naturaleza y el alcance de los métodos de los que dispone para resolver de forma efectiva su reclamación. Muchos de los problemas son causados por la multiplicidad de ADR disponibles y la falta de comprensión por los consumidores acerca de los procedimientos y de las consecuencias que se derivan de los mismos. Resulta preciso también trabajar para reforzar la confianza del consumidor en los ADR y ODR. A tales efectos, se debería incidir en el enfoque que los tribunales y los jueces deberían adoptar para poder interactuar de forma efectiva con los procedimientos ante entidades de RAL; así como en asegurar y garantizar que el consumidor puede acudir de forma efectiva ante el correspondiente tribunal, cuando considere que el proceso ante una determinada entidad de RAL no satisface sus intereses.

**NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL PARA LA  
RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO TRAS LA LEY  
7/2017 Y SU ADAPTACION AL MARCO EUROPEO**

**RESUMEN**

Con la Ley 7/2017, el legislador pretende favorecer el desarrollo y cualificación de los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo para promover la confianza de los consumidores, necesaria para dinamizar e impulsar la contratación de consumo. No obstante, el sistema español proceso de adaptación no ha concluido. Está en fase de construcción. Prueba de ello lo son las dos iniciativas legislativas que se han sido presentadas recientemente, y en las que la mediación de consumo se revela como el medio elegido y el más idóneo para la resolución de controversias es este ámbito. El

estudio evalúa estas nuevas aportaciones, analiza su conformidad con el Derecho europeo y, en concreto, con el principio a una tutela judicial efectiva y expone las líneas de orientación que deberán informar el futuro sistema español.

**Palabras clave:** Resolución alternativa de litigios, Derecho europeo, Derecho español, Mediación de consumo.

### ***ABSTRACT***

NEW PERSPECTIVES IN THE SPANISH SYSTEM FOR THE ALTERNATIVE RESOLUTION OF CONSUMER LITIGATION AFTER LAW 7/2017 AND ITS ADAPTATION TO THE EUROPEAN FRAMEWORK

*With Law 7/2017, the legislator intends to favor the development and qualification of systems for the alternative resolution of consumer disputes in order to promote consumer confidence, which is necessary to stimulate and boost consumption contracting. However, the Spanish system adaptation process has not been completed. It is in the construction phase. Proof of this are the two legislative initiatives that have been recently presented, and in which mediation of consumption is revealed as the chosen medium and the most suitable for the resolution of disputes in this area. The study evaluates these new contributions, analyzes their conformity with European law and, in particular, with the principle of effective judicial protection and sets out the guidelines that should inform the future Spanish system.*

**Keywords:** *Alternative litigation resolution, European law, Spanish law, Consumer Mediation.*