

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN TURÍSTICA

Gabriel A. GARCÍA ESCOBAR¹

Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad de Granada

Recibido 25.04.2015 / Aceptado 26.06.2015

RESUMEN: La contratación turística supone un importante volumen de negocios en la economía española. El gran número de relaciones turísticas con trascendencia jurídica determina, además, la aparición de conflictos en dicho sector. La mediación, como mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria para la resolución de controversias, podrá aplicarse a dichos contratos; sin embargo, el ámbito material de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles va a provocar un escenario complejo para el uso de la mediación en este campo, donde el régimen de la institución dependerá de la existencia de consumidores en la relación.

PALABRAS CLAVE: Mediación, consumidores, contratos turísticos, Ley 5/2012.

ABSTRACT: The tourism sector hiring process has provoked an increase in business for the Spanish economy. A large number of tourist relations with legal consequences has also given place to conflict in the sector. Mediation can be applied as an alternative to standard jurisdiction when resolving a controversy. However, the literature of Law 5/2012 on civil and commercial arbitration will become a stumbling block for the use of mediation in this field, where the regime of the institution will depend on the existence of the consumers in the business relationship.

KEYWORDS: Mediation, consumers, tourist contracts, Law 5/2012.

SUMARIO: 1. CONTRATACIÓN TURÍSTICA: SUJETOS Y CONFLICTOS. 2. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR DEL TURISMO. 3. FORMAS DE MEDIACIÓN TURÍSTICA. 3.1. Mediación en la contratación turística con consumidores. 3.2. Mediación en la contratación turística sin consumidores. 4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO CAUCE PARA LA MEDIACIÓN TURÍSTICA. 4.1. Medios electrónicos: parte del problema y parte de la solución. 4.2. Mediación electrónica en la Ley 5/2012. 4.3. Mediación electrónica en el Sistema Arbitral de Consumo. 5. EL

¹ garciaescobar@ugr.es

FUTURO INMEDIATO DE LA MEDIACIÓN TURÍSTICA: NUEVAS NORMAS EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN CONSUMO. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONTRATACIÓN TURÍSTICA: SUJETOS Y CONFLICTOS

El sector turístico español goza de una importancia en cuanto al volumen de negocios que desarrollan su actividad que está fuera de toda duda. La estructura de nuestra economía, asentada en gran medida en torno a la facturación del turismo, determina y aconseja que la regulación relativa a este ámbito sea cuidada con especial atención. A partir de esta premisa, podremos entender por qué surgen titubeos sobre la categoría en la que podemos encuadrar las normas que ordenan el turismo. En principio, parece que se trata de un sector más de la economía, guiado por los principios generales de la economía de mercado, reconocida y protegida constitucionalmente en el artículo 38 de la Carta Magna; limitándose únicamente la iniciativa privada por la observancia de las leyes y el respeto al interés y orden público. No obstante, en este caso el sistema económico liberal queda matizado a través de cierto intervencionismo estatal que, por motivos de interés general, opera en determinados campos, entre ellos el turismo. Por esta razón, a veces se cuestiona si el Derecho turístico hay que llevarlo hacia la esfera del Derecho público o del Derecho privado una vez que asimilamos que no se trata de una rama autónoma del Derecho. De una forma o de otra, lo que está claro es que se trata de un sector del comercio, entendido en sentido amplio, caracterizado por la prestación de una serie de servicios que, en líneas generales, responden a la iniciativa privada pero que cuenta con límites en su desarrollo que provienen del Derecho público. Éstos deben respetar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, tal y como se desprende de la Directiva 2006/123/CE y sus normas de transposición: Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio y Ley 25/2009, de 23 de noviembre, que modifica varias leyes para adaptar la anterior.

En cuanto a los aspectos subjetivos de la contratación turística, se debe identificar a los sujetos que intervienen en la misma. Por un lado, está el empresario turístico, que según la doctrina y las normas autonómicas sobre turismo – ya que no hay

una definición en la legislación nacional– se trata de "*cualquier persona física o jurídica que, en nombre propio y de manera habitual y con ánimo de lucro, se dedica a la prestación de algún servicio turístico*"². Por otro lado, la lógica de la propia actividad turística nos lleva a definir el segundo sujeto de la contratación turística como un consumidor/turista, aunque como veremos no siempre será así. El turista es el destinatario final de los servicios turísticos, quien los solicita o contrata con la empresa que los oferta.

Entre los servicios turísticos más habituales, se incluyen los de alojamiento, restauración, intermediación entre viajeros, etc., sin embargo, la contratación turística no se agota en esos casos. Se trata de una realidad más amplia, que no tiene por qué expresarse por medio de un contrato con consumidores, sino que puede dar lugar a relaciones interempresariales. Tal es el caso del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de cupo o contingente, u otras formas de colaboración como los contratos de gestión hotelera. Todos ellos forman parte del espectro de la contratación turística, significándose de manera especial la amplitud de este sector como una cuestión que va a tener una importancia básica en el análisis de la mediación aplicada a este ámbito de la contratación.

Observando los tipos contractuales que conforman este sector de la economía y las particularidades del objeto de estas relaciones, podemos destacar algunas notas características de la contratación turística:

– Intervencionismo estatal, tratando de controlar determinados aspectos del turismo en razón de la importancia de éste para el sector terciario.

– El frecuente uso de intermediarios para suscribir este tipo de contratos, lo que ha extendido a su vez el recurso a medios telemáticos en este sentido. La oferta turística en general está especialmente canalizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación por las posibilidades de impacto y facilidades que estos medios ofrecen.

– Finalmente, existen algunas particularidades propias de los sujetos de la relación turística. Especialmente, hay que aludir a los contratos turísticos con

² Tal como señala el artículo 2.f. de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del turismo de Andalucía.

consumidores, donde destacan: la influencia de las normas sobre protección de consumidores — el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y otras normas más específicas—; la motivación vacacional del usuario; y el frecuente desembolso de cantidades a cuenta antes de la ejecución del contrato, entre otros.

De todo lo expuesto hasta el momento, se extrae una evidente heterogeneidad de los servicios que están bajo el manto de la contratación turística. Esta circunstancia, de diversificación del objeto de la relación turística, tiene como corolario la aparición de conflictos en muy diferentes ámbitos, aunque todos ellos forman parte del mismo fenómeno, el turismo. A modo de ejemplo, pueden citarse algunos problemas que pueden surgir en el desarrollo o ejecución de un contrato turístico: retrasos, cancelaciones, *overbooking*, categoría del alojamiento diferente a la pactada, inexistencia de servicios complementarios contratados, reenvío de clientes de un establecimiento a otro, uso de alimentos en mal estado, suciedad o presentación inadecuada de los servicios contratados, mal funcionamiento del equipamiento de los locales, problemas en museos o excursiones turísticas.

2. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR DEL TURISMO

La mediación, sin más concreción, es un método no judicial de resolución de conflictos que se caracteriza por ser autocompositivo, es decir, en el que no existe un tercero que tras un procedimiento reglado, decide la solución al problema y la impone imperativamente; circunstancia esta última que describe los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos como el arbitraje o la vía judicial. El mediador tan solo acerca a las partes.

Este mecanismo cuenta con numerosas ventajas. Algunas de ellas se hacen más acusadas o se ponen de manifiesto propiamente en la contratación turística mientras que no son predicables en otros ámbitos. Deductivamente, yendo de lo general a lo específico, de la mediación se pueden destacar varias virtudes que explican por qué se

recurre a ésta en vez de acudir a otros métodos más tradicionales para esclarecer controversias:

– Es un proceso que elimina el riesgo para las partes. El hecho de que no haya un tercero con una posición jerárquica preeminente en el procedimiento, acaba con la incertidumbre sobre su actuación. En la vía jurisdiccional o el arbitraje, los litigantes se han arriesgado a exponer su pretensión al Juez o al árbitro, esperando que éste la conceda. No obstante, una vez que las partes se someten a estos procedimientos heterocompositivos no hay marcha atrás, la solución que dicte el tercero será de obligado cumplimiento. En el caso de la mediación, las partes no llegan a perder el control sobre el arreglo de la controversia, ya que son ellas mismas las que proponen y deciden, de forma pactada, la solución al problema planteado.

– Sus soluciones gozan de gran flexibilidad al permitir el sistema crear respuestas que no están previstas en el entramado jurídico formal.

– Se evita el discurso vencedor/vencido que generan los medios heterocompositivos de solución de controversias; con el consecuente aumento de la cuota de responsabilidad de las partes en la resolución del conflicto.

– Reducción de costes económicos y procesales.

– Se trata de un instituto cuya tramitación es mucho más rápida que la de otros procedimientos convencionales como el judicial.

Además de estos aspectos positivos de la mediación, entendida de forma general, podemos destacar otras ventajas de la mediación, aplicada directamente al sector turístico. Centrando la cuestión en torno a una mediación muy concreta y también justificando el tratamiento del tema, es importante identificar algunas ventajas de este medio de resolución de conflictos en el ámbito específicamente turístico:

– La especialización de la persona que lleva a cabo la mediación puede ser un factor básico para acercar las posturas de las partes. En el ámbito turístico, que no tiene entidad ni autonomía para ocupar un orden jurisdiccional propio ni para determinar la especialización de un Juez, puede ser interesante la figura de un mediador que conozca los principales conflictos y las soluciones a los mismos, siendo un ámbito en el que

normalmente se repiten las controversias, derivadas de un servicio defectuoso en gran parte de las ocasiones.

– La idiosincrasia del turista, figura considerada como especialmente frágil por el legislador, al estar desplazado, fuera de su lugar de residencia — a veces desconociendo el idioma — y disfrutando de un servicio que se agota en un periodo de tiempo normalmente corto, es otro factor determinante del éxito de los medios alternativos de resolución de conflictos como la mediación. La rapidez a la hora de corregir el problema y el hecho de realizarlo en el propio lugar donde se presta el servicio son elementos fundamentales para el turista.

– La celeridad en el arreglo de la controversia no solo beneficia al turista, sino que transmite y exporta una imagen de turismo de calidad que es muy atractiva para el desarrollo de la actividad turística. La mediación, cuando es fructífera, dota al tráfico comercial en el sector turístico del dinamismo que cualquier sector de la economía desearía en relación con la aparición de conflictos.

– En la contratación turística con consumidores, el perfil de la misma aconseja el uso de la mediación desde un punto de vista práctico; en razón del ahorro económico y procesal que supone, dado que en materia de consumo las reclamaciones suelen ser de escaso valor.

– En este mismo ámbito (consumo), la mediación se revela como un medio muy adecuado no solo por el ahorro con respecto a los medios jurisdiccionales, sino también por la utilidad del resultado en relación con las reclamaciones de carácter administrativo. Éstas, que se formulan a través de hojas de quejas y reclamaciones, implican que la Administración, defendiendo los derechos de los consumidores y usuarios, pueda sancionar al empresario infractor, pero no tiene la facultad de exigirle la satisfacción de las pretensiones del reclamante en razón del perjuicio que se le ha ocasionado.

El éxito del sistema jurídico a la hora de incorporar estas ventajas al proceso de la mediación, determinará que este medio triunfe en la resolución de los conflictos en el ámbito turístico. De momento, su implantación cuenta con algunas dificultades que como veremos, tienen su raíz en las propias normas reguladoras de la institución.

3. FORMAS DE MEDIACIÓN TURÍSTICA

Aunque hemos abordado en los apartados anteriores de mediación turística sin más precisiones, se ha podido atisbar un criterio del que derivan consecuencias importantísimas acerca del régimen jurídico de la mediación turística: si la contratación es con consumidores o interempresarial. Efectivamente, este hecho nos va a proporcionar el elemento configurador del proceso de mediación que podrá resolver un conflicto surgido como consecuencia de un contrato turístico. Así, podremos establecer que más que mediación turística, debiéramos referirnos a *formas de mediación turística*, ya que de la presencia de consumidores en la relación, dependerán las condiciones de dicha mediación.

El régimen jurídico general de la mediación se encuentra en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En ella se recoge el perfil de la institución, los principios que la inspiran, el estatuto del mediador, etc. Pero también delimita su ámbito de aplicación excluyendo ciertos contextos, entre ellos, la mediación en materia de consumo, tal como señala el artículo 2.2 de esta norma. Esta circunstancia, teniendo en cuenta que gran parte de la contratación turística se destina a consumidores y usuarios, resulta de capital importancia a la hora de caracterizar la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos en materia de turismo.

3.1. Mediación en la contratación turística con consumidores

En el caso de los contratos con consumidores, aquí turistas, el régimen jurídico de la mediación va a tener unas condiciones especiales al quedar incluida dentro del sistema arbitral de consumo. El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, crea dicho ente sobre la base del artículo 51 de la Constitución Española, que dirige el mandato al legislador de asegurar la protección de los consumidores a través de mecanismos eficaces. La mediación en consumo es caracterizada como un instituto inserto en el procedimiento arbitral, siendo una fase más del mismo, cuyo éxito pondría fin al proceso. Sin embargo, la falta de entendimiento entre las partes determinaría que se iniciara el arbitraje propiamente dicho. De esta forma, la mediación en consumo toma un papel secundario, pasando a ser un primer

estadio tras la presentación de la reclamación, siempre que no se inadmita la solicitud de apertura del proceso. Así lo señala el artículo 38 del Real Decreto 231/2008, único precepto dedicado en exclusiva a la mediación en el sistema arbitral de consumo, y es que son muy pocas las referencias a ella en el texto de la norma. Por tanto, el régimen de la mediación en el ámbito de la contratación turística con consumidores va a quedar encuadrada dentro del sistema arbitral de consumo, como una fase previa al proceso arbitral que configura el Real Decreto 231/2008.

Como se ha dicho, el artículo 38 de la norma apenas tiene contenido que pueda describir la institución que nos ocupa. La propia Exposición de motivos señala que esta falta de concreción, la abstención del legislador en este punto, se explica por una razón de congruencia con las normas autonómicas en la materia. De manera que la mediación de consumo, que ha sido incorporada al procedimiento arbitral de consumo como una fase con poca entidad, ni siquiera se regula a nivel estatal, sino que es la normativa autonómica la que va a darle forma en cada ámbito territorial.

Por tanto, es en la legislación de cada comunidad donde hay que buscar el órgano u órganos encargados de realizar esta mediación previa, integrada en el procedimiento arbitral de consumo. En cualquier caso, las características especiales y las notas que distinguen al mediador, aconsejan que la mediación no sea ejercida por la propia Junta Arbitral. Esto supondría que el mismo órgano se situaría en primer lugar en una posición de facilitador de la negociación, sin más pretensiones ni atribuciones; para después pasar a desarrollar una función cuasijurisdiccional, desde una posición de superioridad con respecto a las partes. Las implicaciones de esta posibilidad para el principio de independencia y para el correcto desempeño de la solución extrajudicial de controversias, parecen indicar que lo más adecuado es deslindar la función mediadora del procedimiento arbitral, aunque se encuentre dentro de este último. En este sentido, la mayoría de normas autonómicas, entrega esta competencia a las Oficinas de Información al Consumidor, que se encargarán de ser el cauce para desarrollar esta mediación voluntaria. Es el caso de Aragón — Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y usuarios —, Andalucía — Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Consumidores y Usuarios —, Cantabria — Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los consumidores y Usuarios —, Castilla la Mancha — Ley

11/2005, de 15 de diciembre, que aprueba el Estatuto del Consumidor — y Navarra — Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y usuarios —.

En cualquier caso, el sistema arbitral de consumo, a través del Real Decreto 231/2008, y también algunas leyes autonómicas en materia de consumidores, como la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, optan inequívocamente por el arbitraje como principal medio extrajudicial de resolución de controversias derivadas de la contratación con consumidores. La elección es clara en la norma estatal, ya que la configuración de la mediación como un paso previo al arbitraje, despojándola de entidad propia, implica la preferencia por este mecanismo heterocompositivo, al que está encaminada la normativa. Esta concepción encuentra su razón de ser en la asimetría inicial entre consumidor y profesional o empresario prestador de un servicio. Trasladando la idea al ámbito turístico, podemos entender que los motivos que llevan al legislador a optar por el arbitraje están próximos a la incapacidad del turista para negociar y buscar una solución pactada a su problema, en condiciones de igualdad, con una empresa turística cuya posición en el mercado es mucho más fuerte. De hecho, este razonamiento también ha llevado al legislador a sacar como hemos visto, la mediación en materia de consumo de la Ley 5/2012, con los problemas sistemáticos que de ello se han derivado y que aquí analizamos.

Siguiendo dentro del ámbito estrictamente turístico y dada la inescindible relación entre mediación y sistema arbitral de consumo, la aparición de una mediación de consumo, específica para el ámbito turístico, debe depender de la aparición de un procedimiento arbitral de consumo en el sector turístico. Tal circunstancia ha tenido lugar en varias Comunidades Autónomas, caracterizándose el procedimiento por la celeridad del mismo (más veloz aún que el arbitraje de consumo ordinario), tratando de resolver la cuestión antes de que el turista finalice su estancia vacacional, de manera que el arbitraje específico tenga sentido. Esta función ha sido atribuida en algunos territorios a secciones especiales de las Juntas Arbitrales correspondientes, creadas a tal efecto y dedicadas únicamente a este tipo de litigios. La mediación, de la misma forma que en el sistema arbitral de consumo, resulta ser un paso previo al arbitraje en sí. Aquí la mediación va a tener una significación especial, ya que muchas controversias se

resolverán sin la necesidad de dar continuidad al proceso. Esto tiene lugar, dada la voluntariedad del mecanismo, lo que demuestra buena predisposición a negociar — nota compartida con el arbitraje de consumo ordinario —; y sobre todo por la rapidez que se requiere para que la solución del problema llegue antes de la finalización del periodo vacacional del turista.

La primera experiencia, en este sentido, tuvo lugar en 1997 con el "Acuerdo Marco de colaboración para el desarrollo del proyecto de arbitraje de consumo turístico *in situ* de Benidorm", que implantaba en la Comunidad Valenciana el sistema arbitral específico en esta materia. El plan no consiguió convertirse en un proyecto a escala nacional, pero su éxito sirvió para que otras comunidades trataran de trasladar el modelo a sus enclaves turísticos. A este respecto, se crearon colegios arbitrales especializados en turismo en Andalucía (Costa del Sol), Islas Canarias (Gran Canaria y Tenerife) y Comunidad de Madrid. Algunos de ellos han tenido una corta existencia por problemas de financiación en los proyectos que los sostenían, como ha sido el caso de Canarias. Otros, sin embargo, mantienen su actividad y siguen dando respuesta a los problemas de muchos consumidores, que consiguen superar la situación que les enfrenta al empresario turístico sin ver arruinado por completo el servicio turístico que han contratado. El ejemplo más claro de ello es el de la Comunidad Valenciana que, casi veinte años después, continúa con su función.

El efecto de este tipo de arbitraje, y por ende de mediación, es muy importante para el sector turístico, no solo por los conflictos que resuelven, sino por la imagen y seguridad que ofrece al turista. El distintivo del sistema arbitral de consumo es exhibido por las empresas y establecimientos que voluntariamente se han adherido al mismo, lo que sirve tanto para el turista — que puede identificarlos —, como para el empresario turístico — que puede ofertar una garantía adicional a sus clientes —. Se trata realmente de un servicio más, que no tiene coste alguno para las partes y del que ambos se pueden beneficiar: unos por ofrecerlo y otros porque ganan en seguridad ante cualquier eventualidad.

3.2. Mediación en la contratación turística sin consumidores

En el otro extremo, encontramos los contratos turísticos interempresariales, donde no hay presencia de consumidores y, por tanto, no es de aplicación el Real Decreto 231/2008. Aquí no tendrá sentido la mediación incluida en el sistema arbitral de consumo sino que, remontándonos al inicio del estudio, estaremos ante una parcela de la contratación que se encuentra contenida en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012. En consecuencia, cualquier controversia que quiera resolverse acudiendo a este mecanismo extrajudicial, tendrá que cumplir los cauces de esta Ley de mediación. Contrariamente a lo que ocurría en la mediación turística con consumidores, aquí no vamos tener ausencia de regulación estatal, la Ley está dedicada de manera exclusiva a la cuestión: principios, procedimiento, estatuto del mediador, etc.

El régimen jurídico completo de esta mediación se encuentra en la Ley 5/2012. De ella podemos traer aquí alguna diferencia crítica con el procedimiento que hasta el momento hemos caracterizado (con consumidores). En ese sentido, la mediación en asuntos civiles y mercantiles aplicada al sector turístico no es gratuita para las partes, ya que según su artículo 15, el coste de la misma se divide, salvo pacto en contrario, por igual entre las partes. Además, hay que destacar que se trata de un mecanismo autónomo, que no pervive a expensas de otro, como fase previa en un procedimiento principal; al contrario, la mediación toma cuerpo y entidad propia de manera que las partes recurren de manera expresa por sus ventajas con respecto a otros medios judiciales o extrajudiciales.

Los sujetos de la mediación son empresarios turísticos que guardan una relación de tipo comercial o de prestación de servicios. Entre las posibles figuras que pueden dar lugar a esta mediación destacan: el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de cupo o contingente, en el que, bajo las condiciones pactadas, una empresa de alojamiento turístico pone a disposición de una agencia de viaje una cantidad de plazas, para que éstas sean contratadas posteriormente por los clientes de la agencia y los contratos de gestión hotelera.

En definitiva, no cabe hablar de mediación turística, sino de formas de mediación turística. La contratación turística es un fenómeno amplio, que acoge diversas fórmulas, las que derivan en contratos con consumidores deberán tramitar la mediación en caso de elegir tal medio para la resolución de conflictos, a través de los

colegios especializados dentro del sistema arbitral de consumo; mientras que las disputas que surjan en el seno de contratos o relaciones comerciales entre empresarios turísticos podrán ser resueltas en virtud del procedimiento mediador que configura la Ley 5/2012. Ambos procesos tienen diferencias importantes y es por ello que se tratan de manera diferenciada.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO CAUCE PARA LA MEDIACIÓN TURÍSTICA

4.1. Medios electrónicos: parte del problema y parte de la solución

El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación han transformado el Derecho de forma radical. En estos momentos, gran cantidad de sectores de nuestra economía deslocalizan no ya la producción de sus bienes y servicios sino la oferta de los mismos; y no los llevan a lugares donde la legislación más flexible ahorra costes, sino a internet. El asalto a la red por parte de los comerciantes supone el ahorro de costes de mantenimiento de establecimientos permanentes y la posibilidad de llegar a cualquier parte del mundo en cuestión de segundos. Esta circunstancia, unida a otras como la eliminación de barreras comerciales gracias al mercado interior dentro de la Unión Europea, la globalización y otras corrientes integradoras en el mundo, el desarrollo del Derecho, han creado un torrente de relaciones comerciales dentro de España y con carácter transfronterizo.

Pues bien, todas estas relaciones, concretadas a través de contratos de diversa índole, han derivado en multitud de controversias por resolver. Algunas de ellas son clásicas y se reproducen a pesar del cambio en el perfil de la contratación; mientras que otras derivan de los propios medios electrónicos utilizados como cauce para el desarrollo del comercio. En cualquier caso, el resultado sigue siendo un volumen importante de litigios a los que debe darse solución o al menos provocar las condiciones para ello, por parte de los poderes públicos. Como bien sabemos, junto a los medios tradicionales — judiciales — de resolución de conflictos, contamos con otros medios, menos formales, para arreglar controversias en materia civil y mercantil. Así, la gran capacidad de los medios electrónicos para generar tráfico comercial y, por ende, litigios

derivados del mismo, aconseja poner tales canales y sus virtudes al servicio de la solución extrajudicial de éstos. De esta manera, aprovecharemos al máximo las ventajas de internet, que no solo será parte del problema, sino también de la solución.

La realidad de la contratación turística nos revela que el tráfico comercial en este ámbito ha cambiado en los últimos años, especialmente en lo relativo a los consumidores. Antes, el cliente se desplazaba físicamente a una agencia de viajes, que buscaba las mejores condiciones para el consumidor, configurando según las directrices del mismo, el servicio que le prestaba. Actualmente, este modelo está quedando obsoleto, pasando a ser el propio turista quien rastrea las mejores ofertas, compara precios, busca valoraciones y toma la decisión final, contratando de manera autónoma y sin intermediarios. Esta forma de llegar a la prestación de un servicio turístico, es posible gracias a la irrupción de internet como medio sencillo y rápido para el encuentro de oferentes y demandantes de servicios turísticos. Las plataformas *on-line* dedicadas a la promoción de viajes y otro tipo de servicios relacionados con el turismo, que además incorporan valoraciones de otros consumidores, han jugado un papel fundamental en este proceso de intensificación de los medios telemáticos en la contratación de servicios de carácter turístico.

En este sentido parece lógico que el legislador, tanto el comunitario como el nacional, se haya sensibilizado con la cuestión tomando acciones concretas para el desarrollo de mecanismos electrónicos alternativos de resolución de conflictos, para dar respuesta a aquellas controversias surgidas en el contexto de la contratación electrónica. Concretamente, en el tema del turismo y las relaciones comerciales que dimanen del mismo, la aparición de estos medios supone la creación de unos cauces adecuados y coherentes con las fórmulas de contratación más habituales en el ámbito de los servicios turísticos.

4.2. Mediación electrónica en la Ley 5/2012

De la misma forma que ocurre en otros sectores de la mediación, el criterio que va a determinar en qué ámbito normativo nos moveremos será la presencia de consumidores — turistas — en el litigio a resolver. Ahora, nos encargamos del sector de la contratación turística interempresarial. A este respecto nuestra legislación nacional en

materia de mediación, la Ley 5/2012 ya citada, ha previsto el uso de medios electrónicos para desarrollar el proceso de mediación de manera más cómoda y acorde con lo que marca el desarrollo tecnológico.

El recurso a la mediación electrónica en la contratación turística sin consumidores se tramitará, por tanto, en base a la norma general sobre mediación, cuya aplicación queda vedada a los supuestos de litigios con consumidores (artículo 2.2 de la Ley 5/2012). La Ley no es especialmente prolija en este sentido, siendo muy pocas las referencias que se hacen a la mediación electrónica. El artículo 5 señala que las entidades de mediación, sean públicas o privadas, podrán implantar sistemas electrónicos para llevar a cabo una mediación de carácter telemático, especialmente si se trata de controversias que consistan en reclamaciones pecuniarias y no excedan de 600 euros — para las que la tramitación electrónica tiene carácter de preferente según el artículo 24 de la Ley 5/2012 —. No obstante, las partes pueden pactar el sometimiento de su litigio sea de la naturaleza que sea, en parte o totalmente, a una mediación desarrollada a través de medios electrónicos. En todo caso, estos medios tienen que ser de fácil recurso para las partes, supeditándose los mismos a las condiciones de accesibilidad que recoge la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Tras estas mínimas referencias al objeto de estudio, la Disposición final séptima de la Ley de mediación, prevé la creación de un procedimiento simplificado de mediación por cauces electrónicos, únicamente para reclamaciones de cantidad. El desarrollo de tal previsión ha cristalizado en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, cuyo capítulo V está dedicado a la cuestión. El procedimiento abreviado simplifica notablemente la mediación ya que su tramitación no puede exceder los treinta días desde la recepción de la solicitud, aunque impone para las partes el deber de acceder al sistema electrónico en cuestión, para tener constancia de las comunicaciones relativas a la mediación. El artículo 30 del Real Decreto 980/2013 define el ámbito de aplicación de este procedimiento, aludiendo a cuatro condiciones que determinan la preferencia y aplicación del mismo:

– Que se trate de una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no exceda tal cantidad.

- Que el empleo de los medios electrónicos sea posible para todas las partes.
- Inexistencia de un acuerdo entre los litigantes para someterse a un procedimiento distinto.
- Las pretensiones de las partes no pueden referirse a argumentos de confrontación de Derecho.

4.3. Mediación electrónica en el Sistema Arbitral de Consumo

En cuanto a los conflictos que puedan surgir al amparo de una relación de consumo, la mediación electrónica de la Ley 5/2012 y Real Decreto 980/2013 en desarrollo de aquélla, no podrá ser utilizada dada esa exclusión de la materia de consumo del ámbito de aplicación de estas normas. Como ya se ha expresado, este espacio normativo ha sido ocupado de momento por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, quedando la mediación en materia de litigios con consumidores circunscrita a una fase previa en el procedimiento arbitral de consumo. Los artículos 51 a 55 del Real Decreto 231/2008 regulan el arbitraje de consumo electrónico, donde entendemos debe incluirse la mediación de consumo electrónica aplicada entre otros, al sector turístico. El procedimiento se caracteriza por tramitarse de forma íntegra, incluida la solicitud de arbitraje o las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral pueda practicarse a través de medios más tradicionales. Verdaderamente, no se hace ninguna mención expresa a la mediación. Sin embargo, dado el carácter secundario que se ha dado a la mediación en el Real Decreto, insertándola en el sistema arbitral de consumo, podemos inferir que también en el caso de la resolución de conflictos en línea comportará una fase previa en el procedimiento. No obstante, la falta de alusiones a esta institución autocompositiva determina una alta probabilidad de fracaso, incluso de su uso efectivo. De nuevo, la relación consumidor/empresario queda fuertemente tutelada por el poder público, eliminando cualquier promoción de los sistemas alternativos de resolución de conflictos en que son las partes quienes llegan a acuerdos. En este caso concreto, el procedimiento de arbitraje electrónico, con o sin mediación previa, se sustanciará a través de la aplicación electrónica que habilitó el entonces Ministerio de Sanidad y Consumo para el Sistema Arbitral de Consumo.

5. EL FUTURO INMEDIATO DE LA MEDIACIÓN TURÍSTICA: NUEVAS NORMAS EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN CONSUMO

Con las miras puestas en el futuro más próximo, debemos advertir la imparable entrada del Derecho comunitario en este tema, que ha aprobado recientemente dos normas cuyo efecto sobre la mediación turística en litigios con consumidores será muy acusado. El 21 de mayo de 2013 se aprobaron dos instrumentos — una directiva y un reglamento — que fueron publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea el 18 de junio de 2013. En cuanto a la entrada en vigor de los mismos, la Directiva, dada su eficacia mediata y su necesidad de trasposición, obliga a los Estados miembro a adaptar su legislación a los contenidos de ésta antes del 9 de julio de 2015. Por otro lado, el Reglamento, que es de eficacia directa y obligatorio en todos sus elementos, ya ha entrado en vigor, pero reserva su aplicación total para el 9 de enero de 2016, esto es, seis meses después que la Directiva. Por tanto, se trata de dos normas de Derecho derivado de la Unión Europea que ya han sido aprobadas, y que desplegarán sus efectos próximamente, por lo que conviene conocer el contenido de ellas.

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) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, pretende contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, ofreciendo a los consumidores unos mecanismos de resolución alternativa de conflictos de gran calidad, ya que éstos han sido establecidos de manera desigual en los Estados miembro. Para disfrutar de un servicio de resolución extrajudicial de conflictos que funcione satisfactoriamente en toda la UE, incluida la mediación, evitando la disparidad interestatal como obstáculo al mercado interior, la Directiva 2013/11 marca ciertos principios que los Estados deben incorporar a sus legislaciones sobre resolución alternativa de conflictos, como el fácil acceso, especialización, conocimiento, eficacia, transparencia, etc. De manera que se aplicarán a *"los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de*

prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa", tal como dispone el artículo 2.1 de la Directiva 2013/11/UE. Así, se reconoce la posibilidad para los Estados miembros, de articular procedimientos de mediación para dirimir cuestiones relacionadas con el consumo turístico o de cualquier otra naturaleza.

La norma, que está llamada a transformar y unificar la resolución extrajudicial de controversias en la UE, contiene ciertas previsiones básicas para la estructura del nuevo modelo — artículos 18 a 20 —. En este sentido, cada Estado miembro designará las autoridades competentes para que lleven a cabo la recepción de información exigida a las entidades que aspiran a ser admitidas como entidades de resolución en el marco de la Directiva 2013/11/UE, la evaluación de éstas y la elaboración de una lista de las entidades que cumplan las condiciones exigidas por la normativa. Por su parte, la Comisión realizará con esta información una lista de entidades de resolución alternativa de litigios. Así, se controla la calidad de estas entidades en una especie de doble instancia, por parte del Estado y de la Comisión.

En cuanto a la transposición de la Directiva, no contamos todavía con la adaptación del Derecho español a la misma, no obstante, el legislador está en vías de hacerlo, habiéndose aprobado ya en Consejo de Ministros — de 17 de abril de 2015 —, el texto del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo que deberá remitirse a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria. Todavía se trata de un mero anteproyecto, cuya perfección y concreción aun no ha llegado. Son numerosos los ámbitos en que habrá de perfilarse el mismo, de hecho, podemos destacar del texto la omisión absoluta a la mediación. No es que el Anteproyecto caracterice detalladamente otro procedimiento extrajudicial para el arreglo de controversias; no obstante, dado el tenor de la norma se confirma la ya la clásica preferencia por el arbitraje en materia de solución extrajudicial de litigios con consumidores. En ningún momento se señala la posibilidad de acudir a la mediación, y su comprensión entre las formas de arreglo de controversias es menos claro que en el texto de la Directiva. En cualquier caso, el artículo 2.1 del Anteproyecto que recoge el ámbito de aplicación de la

norma, habla de procedimientos que "*proponen, imponen o facilitan una solución entre las partes*"; expresión esta última en la que podríamos subsumir la mediación. De manera que una vez más, la regulación de los mecanismos extrajudiciales se "olvidará" de la mediación, dejándola como un instrumento de segundo orden.

Sobre el contenido en sí del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo no se puede decir mucho cuando todavía resta todo un proceso de discusión parlamentaria y presentación de enmiendas, que quizá remedien por otro lado la condena al ostracismo de la institución mediadora. En cualquier caso, se pueden destacar algunos puntos clave:

– El procedimiento extrajudicial cuenta con un plazo máximo de noventa días desde que se interpone la reclamación para ser resuelto (artículo 16.1 del Anteproyecto). Se trata de un plazo que, por otro lado, triplica en duración al previsto en el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos en el Real Decreto 980/2013, que desarrolla la Ley 5/2012 (solo aplicable en litigios turísticos sin consumidores).

– Como regla general, se establece la gratuidad de estos mecanismos para el consumidor, no obstante, de consignarse un precio a cargo del mismo, éste no podrá superar los treinta euros (artículo 11).

– Aunque voluntarios para el consumidor, estos procedimientos pueden finalizar con un resultado de obligado cumplimiento, esto es, vinculante para las partes del conflicto o no. De esa naturaleza se derivan diferencias en cuanto al régimen jurídico del mecanismo extrajudicial en sí, desdoblándose el sistema en función del rigor ejecutivo del resultado obtenido.

– El Título III se dedica a las entidades de resolución alternativa de conflictos, considerándose como tal, según el artículo 17.1, "*toda entidad, de naturaleza pública o privada, independientemente de cómo se denomine que se encuentre establecida de forma duradera y que ofrezca la posibilidad de resolver conflictos de consumo nacionales y transfronterizos (...) mediante un procedimiento de resolución extrajudicial*". Al respecto, el actual Sistema Arbitral de Consumo, articulado a través de Juntas Arbitrales, deberá de nuevo acreditarse como depositario de los requisitos

establecidos para llevar a cabo su función, en cumplimiento de las exigencias de la Directiva 2013/11/UE y su normativa de transposición que presumiblemente será este Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo.

Por otro lado, complementando a la Directiva y su adaptación al Derecho español, aparece el Reglamento (UE) 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) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. El reglamento se aplica, en conflictos transfronterizos y nacionales, a *"la resolución extrajudicial de conflictos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido en la Unión mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de conflictos, incluida en la lista con arreglo al artículo 20, apartado 2, de la Directiva 2013/11/UE, en la que intervenga una plataforma de resolución de litigios en línea"*, tal como se desprende del artículo 2.1 del Reglamento 524/2013. Como se ha comentado, será plenamente eficaz a partir del 9 de enero de 2016.

A partir de este instrumento, la Comisión creará y desarrollará una plataforma de resolución de litigios en línea, constituyendo una ventanilla única electrónica para el arreglo extrajudicial de controversias surgidas en línea en materia de consumo (de acuerdo con el ámbito material recién expuesto). El acceso a la plataforma deberá ser fácil, a través de un lugar destacado del portal "Tu Europa". En general, el sistema servirá para facilitar formularios de reclamación, proporcionar información a los consumidores y al público en general sobre distintos aspectos de la plataforma, dar parte al reclamado, y sobre todo crear un sistema de reclamación en línea para que puedan beneficiarse de él consumidores, comerciantes y entidades de resolución alternativa de litigios.

El procedimiento, que puede acoger todo tipo de mecanismos extrajudiciales, entre ellos la mediación, es sencillo: al inicio tiene lugar la presentación, en un formulario de la propia plataforma, de la reclamación (en cualquier lengua oficial de la UE); en segundo lugar, se remitirá tras el acuerdo de las partes, la reclamación a la entidad de resolución alternativa competente; finalmente, ésta tiene un plazo de noventa

días desde la recepción para concluir el procedimiento, que puede ser de mediación. Por tanto, el nuevo sistema electrónico permitirá desarrollar el arreglo extrajudicial, la mediación, de forma totalmente telemática. En este sentido, será interesante ver cómo se adapta el legislador español a estas nuevas circunstancias, teniendo en cuenta que la entidad que actualmente realiza la resolución extrajudicial de controversias en materia de consumo es el sistema arbitral de consumo, que cuenta con una mediación un tanto denostada, configurada como una fase previa al arbitraje. Queda pendiente aun, ver cómo resuelve el Estado finalmente y tras el proceso de presentación de enmiendas, la cuestión de las entidades de resolución alternativa que se incluirán en la lista de la Comisión Europea y que, a la postre, se beneficiarán de la plataforma que ha configurado el Reglamento 524/2013 (presumiblemente las Juntas Arbitrales de Consumo, acreditándose de nuevo según el Anteproyecto); y si se establecerán mecanismos de cooperación con institutos de mediación para que también sean parte de aquélla.

6. CONCLUSIÓN

La mediación, como instrumento eficaz para la resolución de conflictos requiere de una conceptualización más clara por parte del legislador. En materia de consumo, asistimos a una omisión sistemática de este medio, en una clara elección de los poderes públicos en favor de otros medios heterocompositivos como el arbitraje. No obstante, si la mediación no se prohíbe en materia de consumo, entendemos que la responsabilidad del legislador es hacerla operativa a través de normas que la doten de verdadera virtualidad.

En concreto, se han expresado en este estudio las ventajas que este mecanismo de arreglo extrajudicial de controversias puede tener en el contexto de la contratación turística. Las especificidades de este ámbito aconsejan el uso de la mediación para resolver determinados problemas que surgen en la realidad turística diaria. No obstante, el problema sistemático en relación con la mediación, cuya norma de referencia excluye su aplicación en lo relativo a los consumidores y usuarios, dificulta mucho esa tarea. Quedan los contratos turísticos, en lo que se refiere al recurso a la mediación para

solucionar conflictos que surjan de ellos, divididos en torno al criterio de la existencia o no de consumidores en la relación contractual. Este régimen jurídico bifocal se verá confirmado próximamente, cuando entren en vigor las nuevas normas sobre mediación en materia de consumo, que son resultado de la adaptación del Derecho español a las normas de la Unión Europea, o incluso de la obligatoriedad de otros instrumentos comunitarios de eficacia directa.

Por tanto, las expectativas para la mediación en el sector turístico no mejorarán demasiado, al menos a corto plazo. El uso de este mecanismo cuenta y contará en el futuro próximo con un régimen jurídico más detallado y mejor estructurado al aplicarse en problemas surgidos de contratos interempresariales que cuando alguna de las partes sea un consumidor. Casualmente o no, el sector turístico se construye eminentemente no sobre contratos interempresariales, sino con consumidores y usuarios.

7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B. y MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., *Mediación civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2013.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, Reus, 2013.

AMAT LLOMBART, P., *La contratación en el sector turístico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

ANTUÑA, B., *Manual Práctico de Derechos del Consumidor en el Sector Turístico*, Oviedo, Septiembre 2008.

ESPÍN ALBA, I., "Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, nº 2160, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, 2013.

JIMÉNEZ ABAD, C. E., *Producción y venta de servicios turísticos en agencias de viajes*, Madrid, Paraninfo, 2011.

PANIZA FULLANA, A. (Coord.), *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*, Granada, Comares, 2013.

PEINADO GRACIA, J. I. y MÁRQUEZ LOBILLO, P., "Los contratos turísticos", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (Coords.), *Derecho Mercantil. Contratación mercantil*, vol. 5º, Madrid, Marcial Pons, 2013.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., "El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles (en la *Ley de mediación* y en el *reglamento* que la desarrolla)", *Revista crítica de Derecho privado*, Montevideo, Núcleo de Derecho civil. Grupo de investigación de la Universidad de la República, nº 11, 2014.

—"Contrato de reserva de plaza en régimen de cupo o contingente", en PEINADO GRACIA, J. I. (dir.), *Manual de Derecho del turismo*, Lección 21ª, Madrid, Tecnos, 2014.

—"Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

RAMALLO MIÑÁN, E. P., *Manual básico de Derecho turístico*, Madrid, Tecnos, 2013.

RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (Coords.), *Introducción al Derecho turístico*, Madrid, Tecnos, 2011.

SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Prácticum Mediación*, Pamplona, Aranzadi, 2013.