

## La figura del Mediador en la Mediación *online*<sup>1</sup>

Por

José Antonio Talavera Hernández  
FPI-MINECO Departamento de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

### **RESUMEN**

*El presente artículo se centra en la problemática que se puede plantear respecto a la figura del mediador y su actuación en la Mediación electrónica de acuerdo con la Ley de Mediación de 6 de julio de 2012, el Proyecto de Real Decreto, de 13 de noviembre de 2012, de Mediación por Medios Electrónicos y el Real Decreto, de 13 de diciembre de 2013, por el que se regulan determinados aspectos de la Ley 5/2012. Y es que con la introducción de los medios electrónicos en la mediación se abre la vía para introducir los procedimientos automatizados dando así lugar a preguntarse de si seguimos encontrándonos ante una mediación tal y como se contempla y define en la Ley de Mediación o ante un procedimiento automatizado de resolución de conflictos. Intentaremos dar una visión crítica de los problemas que se pueden suscitar así como sugerir las posibles soluciones.*

**Palabras clave:** Problemática, mediador, mediación electrónica, procedimientos automatizados,

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA MEDIACIÓN *ONLINE* EN LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, EN EL PROYECTO DE REAL DECRETO DE DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012, Y EN EL REAL DECRETO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2013, POR EL QUE SE DESARROLLAN DETERMINADOS ASPECTOS DE LA LEY DE MEDIACIÓN. III. LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR EN LA MEDIACIÓN *ONLINE* Y EN LA

---

<sup>1</sup> Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO/DER2011-27970: “Hacia un nuevo espacio de justicia: Reconocimiento mutuo, aproximación de legislaciones y e-justicia”, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

## **MEDIACIÓN ELECTRÓNICA SIMPLIFICADA: LOS SISTEMAS DE PUJA CIEGA. IV. PROBLEMAS Y CRÍTICAS A LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA SIMPLIFICADA Y LA POSICIÓN DEL MEDIADOR EN LA MISMA. V. CONCLUSIONES.**

### **I. INTRODUCCIÓN.**

El avance de las comunicaciones electrónicas ha supuesto un cambio sustancial, no únicamente en las relaciones personales, sino también en las comerciales, con lo que ahora las relaciones personales, profesionales, de consumo, son posibles en cualquier momento y con personas de diferentes partes del mundo. El desarrollo y la utilización de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (en adelante las TICs) han dado lugar a la Sociedad de la Información (en adelante SI) que ha sido definida<sup>2</sup> como una “comunidad que utiliza extensivamente y de forma optimizada las oportunidades que ofrecen las tecnologías de la información y de las comunicaciones para el desarrollo personal y profesional de sus ciudadanos miembros”.

Por tanto, una realidad con características tan novedosas y complejas como las que presenta la SI obliga, por un lado, a examinar, desde diversas perspectivas, el papel que juegan las TICs en los conflictos que surjan a partir de las relaciones de sus componentes, y, por otro, obliga a valorar y a desarrollar procedimientos que se ajusten a esta nueva realidad y nuevos métodos que, mediante el uso de las nuevas tecnologías, se adecuen a esta realidad en el campo de la resolución de conflictos. Y es que, entre las funciones esenciales de todo Estado de Derecho, se encuentra la de la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función supone el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja. En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado

---

<sup>2</sup> Cfr. Gobierno Vasco, *Plan para el desarrollo de la Sociedad de la Información para el período 2000-2003*.

siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, las *Alternative Dispute Resolutions* (en adelante ADR), o - mediante el uso de las TICs - los *Online Dispute Resolutions* o sistemas de resolución de disputas en red (en adelante ODR). Entre estos mecanismos ADR, y dejando a un lado al arbitraje, destaca la mediación<sup>3</sup>, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

La mediación comprende áreas tan diversas que, en principio, es difícil dar una definición concreta. Así autores como JAY FOLBERG Y ALISON TAYLOR<sup>4</sup> la definieron como: “*El proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades*”, otros como John Haynes<sup>5</sup> la definen diciendo que es: “*Aquel proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas*”. Como vemos no se trata de un concepto unívoco y las definiciones son muy numerosas, por ello podríamos ofrecer una definición que recogiese lo esencial de las dadas por los distintos autores y que diría que: la mediación es un procedimiento, compuesto por una serie de estrategias y técnicas, mediante el cual las partes implicadas, con la participación y ayuda de un mediador imparcial e independiente, identifican, formulan y analizan las cuestiones en disputa, con el objetivo de desarrollar y proponer ellas mismas opciones o

---

<sup>3</sup> Según la definición de MARLOW, L. es “un procedimiento imperfecto, que emplea una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas, a concluir un acuerdo imperfecto, en un mundo imperfecto” vid. MARLOW, L., *La mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Ed. Granica S.A., Barcelona, 1999

<sup>4</sup> Representantes del modelo de Harvard, también conocido como modelo de solución de problemas o modelo directivo, en el que lo esencial es llegar a un acuerdo, reduciendo las causas de la discrepancia y aproximando los objetivos de las partes. La mediación está dirigida a los resultados, y no a las causas internas del conflicto. Es la escuela que cuenta con una mayor aceptación.

<sup>5</sup> JOHN HAYNES, fundador de la Academia de Mediadores Familiares de los Estados Unidos de América y pionero de la mediación familiar, concibe a esta como un proceso de negociación con características propias que le otorga una identidad diferenciada de otras formas de resolución de conflictos.

alternativas que les permitan llegar a un acuerdo que solucione el conflicto o mejore las relaciones entre las partes.

La mediación, como alternativa a los procesos judiciales no es un concepto nuevo<sup>6</sup>, aunque no comenzó a observarse como un mecanismo alternativo de resolución de controversias hasta finales de los años 60 y principios de los 70 en EEUU cuando la sociedad americana expresó un gran interés por estos mecanismos alternativos de resolución de controversias<sup>7</sup> o “*Alternative Dispute Resolutions*” (ADR), es decir, por “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales”<sup>8</sup>. El uso de estos mecanismos ADR resultó especialmente complejo en Europa por diferentes razones salvo en el Reino Unido, cosa lógica por otra parte dada su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos. Pese a ello, en países como Alemania, que no se caracteriza especialmente por la cultura comercial típica de los sistemas de “*common law*”, la mediación se utiliza desde finales de los 80 y está presente en diversas áreas de la sociedad, especialmente en casos de separación y divorcio, también en el ámbito escolar, vecinal y empresarial, y se ha ido introduciendo poco a poco como un mecanismo de lo que se denomina “*Alternative in der*

---

<sup>6</sup> No debe entenderse que la mediación es una técnica “nueva”, al contrario: DEBORAH KOLB (1983) la consideraba “la segunda profesión más vieja del mundo”. En realidad, en la mayor parte de las culturas han existido personas que por su prestigio, por su sabiduría o por estar investidas de algún tipo de autoridad moral han actuado como mediadores naturales, lo que en la clásica distinción de JEAN-FRANÇOIS SIX (1995) se denominan “mediadores ciudadanos”, al igual que han sido relativamente frecuentes los denominados por este mismo autor “mediadores institucionales”. Ya en el siglo XX, los países anglosajones especialmente, han contado con numerosas figuras mediadoras institucionalizadas, y ha sido en estos últimos treinta años cuando la utilización de la mediación ha tenido una rápida expansión, tanto geográfica como en sus ámbitos de aplicación. En el ámbito hispano, sin duda ha sido Argentina el país donde inicialmente y con mayor expansión la mediación se ha convertido en una herramienta ampliamente utilizada en la resolución de conflictos. En los últimos años cada vez se ha prestado más atención al papel desempeñado por los factores culturales en la mediación y la negociación en general (véase, por ejemplo, CARNEVALE, CHA, WAN Y FRAIDIN [2005]).

<sup>7</sup> Surgen nuevas organizaciones, como el “*Federal Mediation and Conciliation Service*”, con la finalidad de proporcionar servicios de resolución de desavenencias de índole laboral e industrial. La “*American Arbitration Association*” (AAA), organización que ofrece desde hace años servicios, sin ánimo de lucro, servicios de ADR (conciliación, mediación, y arbitraje) para empresarios, ejecutivos, comerciantes, consumidores, etc., incorporando en sus procedimientos de resolución de disputas reglas específicas para la mediación comercial y otras para el arbitraje.

<sup>8</sup> CAPPELETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World Wide Access to Justice Movement”, *The Modern Law Review*, Volume 56, Issue 3, pages 282–296, May 1993.

*Ziviljustiz*”, así, recientemente, la Ley de Mediación alemana (*Gesetz zur Förderung der Mediation und der Verfahren Anderer außergerichtlichen Konfliktbeilegung*) fue firmada como Ley por el Presidente de la República Federal (*Bundespräsident*) el 21 de julio de 2012 y cuatro días después de su publicación en el Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*) BGBl. I, 2012, S. 1577, entró en vigor, el 26 de julio de 2012. Por otra parte, Francia fue pionera en la regulación legal, y así reformó su Código de Procedimiento Civil por la Ley 1995/125, de 8 de febrero de 1995, modificando el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil introduciendo, de manera explícita, la mediación en el Título VI *bis*, completándose estas modificaciones, administrativamente, por el Decreto de 22 de julio de 1996. Con la experiencia acumulada acaba de promulgar una reforma mediante el Decreto 2012/66, de 20 de enero de 2012, e introduce un libro completo (el Libro V) en la Ley de Procedimiento Civil sobre la «resolución amigable de diferencias». Distingue entre la conciliación por un «conciliador de justicia», la mediación y el «proceso participativo gestionado por los abogados». El texto legal describe detalladamente cada uno de estos MARC (métodos alternativos de resolución de conflictos)<sup>9</sup>.

La mediación, como procedimiento de resolución alternativa de conflictos y tras la aprobación de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles (a partir de ahora LMACM<sup>10</sup>), ha llegado a España, y la define en su artículo 1 diciendo que: “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. Así, ahora, los particulares disponen de un procedimiento ágil, rápido y barato, en el que su participación es esencial y activa al ser ellos quienes, con la asistencia y ayuda del mediador, realizan las actuaciones necesarias para alcanzar un acuerdo que resuelva la controversia surgida entre ellas.

En España, hasta ahora, ha habido un retraso en la asimilación de las técnicas de ADR, y ello pese a que en los últimos años se ha producido una

---

<sup>9</sup> Diario Oficial República Francesa (JORF) de 22/1/2012.

<sup>10</sup> <http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/07/pdfs/BOE-A-2012-9112.pdf>

potenciación de la mediación, especialmente en el ámbito de la mediación familiar y desde diversos foros y comunidades como Cataluña<sup>11</sup>. La LMACM surge, en parte, de la oportunidad y de la necesidad de búsqueda, por parte del legislador, de una forma de resolución de conflictos con el objeto de aliviar la sobrecarga de trabajo de los Juzgados y Tribunales<sup>12</sup>. Y es que dada la proliferación de procesos civiles y mercantiles que se están produciendo en el tráfico jurídico actual la necesidad de disponer de medios alternativos de resolución de conflictos que permita liberar a los órganos jurisdiccionales se ha convertido en algo esencial, facilitando, a la vez, mejorar la actuación de la justicia al acercarla a los ciudadanos. De ahí que, cada vez más, éstos procedimientos ADR adquieran más relevancia, siendo la mediación uno de los que más ventajas pueden suponer, pues implican un avance en el proceso de lograr el acuerdo entre las partes posibilitando su realización independientemente del lugar donde se encuentren, como sucedería en el caso de la mediación *online*. Mediante la ADR de carácter autocompositivo, como es la mediación, se dota a los ciudadanos de un mecanismo que les permite solucionar sus conflictos, afrontando el mismo y dando una solución que ellos mismos han gestionado con la asistencia del mediador. La mediación pues es un procedimiento compuesto por una serie de estrategias y técnicas mediante el cual las partes implicadas, con la participación y ayuda de un mediador imparcial e independiente, identifican, formulan y analizan las cuestiones en

---

<sup>11</sup> Cataluña fue pionera en mediación familiar en España a nivel legislativo, así como pionera en mediación civil. Cataluña sigue siendo pionera reflexionando, en esta ocasión, sobre su experiencia a lo largo de ya 10 años, abriendo un debate sobre la realidad de la mediación *“para buscar oportunidades y fortalezas de cara al mañana a pesar de las debilidades y carencias de hoy”*. Editado por el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, el [Libro Blanco](#) tiene 1.125 páginas, ni más ni menos, en un ejercicio serio de identificación de realidades y oportunidades en multitud de ámbitos en los que la aplicación de la mediación realmente podría servir: laboral, familiar, empresarial, escolar, medioambiental, administrativo, sanitario, comunitario, consumo.

[http://www.huygens.es/ebooks/Libro\\_Blanco\\_de\\_Mediacion.pdf](http://www.huygens.es/ebooks/Libro_Blanco_de_Mediacion.pdf)

<sup>12</sup> Tal y como señala PARDO IRANZO, V. en “El acuerdo de mediación como título ejecutivo: consideraciones a propósito del proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”: *“El objetivo es, de un lado, contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan, en muchos casos, como única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas normas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como última ratio”*, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, P. (Coord.), *El Derecho Procesal Español del Siglo XX a golpe de tango*, Juan Montero Aroca, *Liber Amicorum*, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 691-705.

disputa, con el objetivo de desarrollar y proponer ellas mismas opciones o alternativas que les permitan llegar a un acuerdo que solucione el conflicto o mejore las relaciones entre las partes.

Esta “autogestión de los conflictos” se acentúa mediante la implantación de los sistemas ODR de resolución de conflictos, al proporcionar a las partes mecanismos síncronos y asíncronos<sup>13</sup> que les permiten resolver sus conflictos a distancia mediante la creación y uso de un entorno virtual. Y así, la LMACM, en su artículo 24<sup>14</sup> establece que “las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que se estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos(...)”, y cuando hablemos de medios electrónicos de mediación haremos referencia a cualquier sistema informático que intervenga a lo largo del proceso, entendiendo por este a todo lo que ocurre desde que se solicita la mediación hasta que todas las partes cumplen con lo pactado en el acuerdo final. Esta forma de resolver los conflictos mediante el uso de medios electrónicos va a dar lugar a nuevas formas de mediación, a nuevos mecanismos de Resolución de Disputas en Red (RDR) o, como dicen otros, mecanismos de Resolución electrónica de Disputas (RED), o Resolución de Disputas en línea (RDL), y entre estos nuevos mecanismos está la mediación *online*.

Este uso de las tecnologías en los procesos tradicionales extrajudiciales aporta ventajas al automatizarlos, dando lugar a nuevos procedimientos, como la mediación *online*, que hacen que la resolución de conflictos sea más eficaz al eliminar los problemas de distancia entre las partes, amén de otros como sería el manejo de la información. Pero igual que aporta ventajas, muchas de

---

<sup>13</sup> Los primeros requieren de la coincidencia en el mismo espacio de tiempo de los agentes que se comunican, por ejemplo: video, chat, conversación de audio, programas como Skype, etc. Mientras que los segundos no requieren de la coincidencia en el mismo espacio de tiempo de los agentes que se comunican, por ejemplo; mensajes de video, mensajes de texto, mensajes de audio, etc.

<sup>14</sup> Art. 24.1: “Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley”.

ellas nuevas, también aporta nuevos problemas que surgen como consecuencia de la novedad en nuestro ordenamiento de este procedimiento y de una regulación, en mi opinión, deficiente. Problemas como la posición del mediador en estos procedimientos de mediación *online* y su regulación tanto en la LMACM como en el Proyecto de Real Decreto de mediación por medios electrónicos, de 13 de noviembre de 2012, y en el Real Decreto de 13 de diciembre de 2013 por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de Mediación. Posición controvertida al introducir, en el Proyecto de Real Decreto, la posibilidad de realizar la mediación mediante sistemas automatizados<sup>15</sup> en los que la figura del mediador queda sustituida completamente por programas informáticos que, no sólo asesorarán y ofrecerán alternativas de acuerdo a las partes mediante el denominado sistema de puja ciega, sino que incluso redactarán el acuerdo que finalmente se alcance remitiéndolo posteriormente a las partes y, por tanto, sin intervención alguna del mediador en ninguna fase del procedimiento, incumpliendo así con lo dispuesto en la LMACM respecto la figura del mediador y con los principios reguladores de la mediación, introducción realizada en los artículos 30 a 35 del Real Decreto. Por tanto esta regulación provoca que surjan dudas y preguntas sobre los problemas que se pueden suscitar y cuál ha sido la intención del legislador al hacerlo como lo ha hecho, dudas y preguntas que planteamos en el presente trabajo y al que intentaremos dar nuestra opinión y respuesta.

## **II. LA MEDIACIÓN *ONLINE* EN LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, EN EL PROYECTO DE REAL DECRETO DE DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y EN EL REAL DECRETO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2013 POR EL QUE SE DESARROLLAN DETERMINADOS ASPECTOS DE LA LEY DE MEDIACIÓN.**

---

<sup>15</sup> Artículo 16. Negociación automática.

En caso de que, una vez recibidas las posiciones de las partes, haya acuerdo sobre la cantidad reclamada, el sistema electrónico les ofrecerá de forma automática una propuesta de acuerdo para su aceptación. De ser rechazada por alguna de las partes la propuesta económica o la propuesta del acuerdo final, ambas efectuadas por el sistema electrónico, se podrá solicitar al sistema una nueva propuesta con el límite de ofertas que establezcan las reglas de la institución de mediación.



La LMACM no aporta un concepto de mediación *online* y ninguna otra norma lo hace. No existe un concepto jurídicamente establecido. La mediación *online* como tal no aparece ni en la Ley ni en el Proyecto de Real Decreto, ni en el Real Decreto por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 13 de diciembre de 2013<sup>16</sup>, ahora bien, se menciona, en el artículo 24 de la LMACM, la mediación que se desarrolla por medios electrónicos como “*videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen*”, así como en el artículo 30<sup>17</sup> del Real Decreto de 13 de diciembre de 2013 (aunque en éste más que dar una definición lo que hace es definir el ámbito del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos), y en la disposición final séptima de la LMACM donde se dice que para la resolución de conflictos que traten de reclamaciones de cantidad no superiores a 600 euros se utilizará “(...) *un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos (...)*”<sup>18</sup>, por lo que podríamos entender que se está refiriendo a ella, dando así una primera definición, aunque de una forma muy vaga.

Una manera de definir la mediación *online* sería diciendo que es un procedimiento documentado que, a través de la inclusión de un mediador actuando éste por solicitud de un primer participante, invita a la contraparte a responder, registrándose la presencia o ausencia de ésta en el procedimiento dentro de límites fijos de tiempo. Una vez iniciado el procedimiento, las partes establecen los parámetros dentro de los cuales se encuentra la solución posible. La decisión final es establecida por el mediador *online*, o por el sistema construido para resolver de forma automática las disputas, de acuerdo a los

---

<sup>16</sup> [http://www.mjusticia.gob.es/Imágenes/pdf/RD\\_Desarrollo.pdf](http://www.mjusticia.gob.es/Imágenes/pdf/RD_Desarrollo.pdf)

<sup>17</sup> Artículo 30. Ámbito del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. “Se desarrollará preferentemente por el procedimiento simplificado la mediación por medios electrónicos que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes o cuando éstas acuerden un procedimiento distinto y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de derecho.”

<sup>18</sup> “Disposición final séptima. *Procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad*: El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. (...)”.

parámetros establecidos por la entidad que ofrece el sistema<sup>19</sup>. De esta manera, todo queda documentado porque, o bien es un procedimiento escrito (chats, e-mails, etc.) o puede grabarse (por ejemplo, una videoconferencia). Otro concepto de mediación *online*, podría ser el siguiente: es el proceso de mediación llevado a cabo a distancia, en forma virtual, en que el mediador y las partes utilizan medios electrónicos para comunicarse, es decir, que se desarrolla vía Internet en lugar del tradicional ambiente físico en el cual el procedimiento se lleva “cara a cara”<sup>20</sup>. Esta es, en nuestra opinión, la definición más didáctica. Señala que sigue siendo una mediación, por lo que incluye todas sus características, que se lleva a cabo con una distancia física y geográfica entre las partes entre sí y de estas con el mediador pero se desarrolla a través de medios electrónicos, que es lo que la convierte en un ODR.

Por tanto no hay un concepto jurídicamente establecido de lo que debemos entender por mediación *online* ya que, como acabamos de exponer, ni la LMACM, ni el Proyecto de Real Decreto, ni en el Real Decreto de 13 de diciembre de 2013 dan una definición de ésta, refiriéndose siempre a la mediación realizada por medios electrónicos. De ahí que debamos elaborar el concepto tomando como base los dos preceptos mencionados, es decir, el art. 24 y la Disposición Adicional Primera de la LMACM, y lo dispuesto en el artículo 1 del mismo texto legal que nos define la mediación, y así diremos que por mediación *online* podemos entender: aquel procedimiento de resolución y gestión de conflictos en el que dos partes, ayudadas por un mediador, dialogan sobre su problema o disputa a distancia en un entorno virtual propiciado por los medios electrónicos intentando alcanzar voluntariamente, y por si mismas, un acuerdo. Por tanto, podríamos decir que una mediación *online* es una ODR avanzada en el que se ha dado un paso más en el procedimiento de resolución de las controversias al posibilitar su realización independientemente del lugar

---

<sup>19</sup> FEMENIA, N. “Sistemas *online*...”, *op. cit.*, pp. 111-112, afirma que “lo más importante es que, basándose en las posibilidades tecnológicas, ahora tenemos desde la transposición de los métodos tradicionales al medio *online*, como el desarrollo de formas totalmente nuevas que son automatizadas y prescinden de la intervención de un ser humano en el proceso de la resolución de la disputa”.

<sup>20</sup> CORTI, G. Y ROSSI, M., *La mediación “online”...*, *op. cit.*, p. 1.

donde se encuentren las partes, permitiendo las comunicaciones sincrónicas o asincrónicas (sin que sea necesario, por ello, que todas las actuaciones se realicen virtualmente)<sup>21</sup>.

Como vemos el término mediación *online* puede llegar a ser ambiguo, ya que puede hacer entender que se refiere a las sesiones *online* únicamente y no a todo el procedimiento. Y más cuando, además del propio procedimiento, hay tareas de gestión que se pueden realizar por medios electrónicos: gestión de la documentación, de la información, generación de informes, estadísticas, gestión de las actas, etc. Por ello, si lo ceñimos únicamente a un ámbito, podemos perder la perspectiva global del procedimiento, y todo lo que ello supone, cuando el objetivo de los medios electrónicos es ofrecer un nuevo canal que permita a las partes y a los profesionales interactuar de forma más transparente, eficaz, rápida, y barata para la resolución del conflicto. Respecto a la plataforma electrónica de mediación que se utilice, ésta permitirá ir facilitando a las partes de manera automática la información dada por cada una de ellas e ir elaborando modelos de acuerdos de forma automática a medida que estos se vayan proponiendo, modelos que el propio mediador podrá editar o enviar directamente a las partes para que los valoren. Las partes deberán acusar recibo y lectura de la información facilitada por el mediador, aceptando o no los informes o las propuestas que éste les facilite para, finalmente, llegar a un acuerdo común y aceptado por las dos.

Se ha llegado a definir la mediación como el procedimiento consistente en dotar a las partes en conflicto de unos recursos comunicativos de calidad para que puedan solucionar el conflicto que tengan. *“Los reproches, posturas, opiniones, deseos, necesidades y sentimientos que de las partes emergen durante el proceso de mediación, tienen que ser canalizados por el mediador en su auxilio para que aquellas puedan expresarlos de forma constructiva favoreciendo una comunicación que pueda ayudarles a resolver el conflicto”*.

---

<sup>21</sup> Asincrónica: sin coincidencia temporal y espacial de las personas que intervienen en el procedimiento, por ejemplo: chat, e-mail, etc.

Sincrónica: coincidiendo las partes en un mismo espacio y tiempo durante el desarrollo del procedimiento, por ejemplo una videoconferencia (Skype).

(SUARES, M. 2002. *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires. Ed. Paidós Ibérica). A pesar de los posicionamientos críticos hacia los sistemas ODR, en nuestra opinión, entre esos “recursos comunicativos” muy bien podrían incluirse las tecnologías y plataformas de mediación electrónica. De hecho, y por muy desconcertante que pueda parecer, la investigación científica no parece avalar que se obtengan mejores resultados con la mediación “convencional” frente a la mediación *online*. La falta de comunicación presencial (exceptuados, claro, aquellos casos en que el elevado grado de enfrentamiento u hostilidad lo bloquearían ya de inicio), sin duda no resulta una excelente posición de partida, pero la experiencia y la investigación en el campo de la mediación *online* han puesto de manifiesto – al menos en varios estudios - que el entorno en línea puede mejorar la eficacia de la comunicación y tiene el potencial de generar una resolución más centrada en los intereses de las partes.

En 2009, la empresa holandesa Juripax<sup>22</sup> fue contratada por la Junta de Asistencia Legal de Holanda para realizar un proyecto piloto de mediación en casos de divorcio en línea con el fin de verificar si la mediación *online* resultaba una manera eficaz de resolver los conflictos derivados de estas situaciones. El objetivo era desarrollar el procedimiento completamente en línea. En total, además de las parejas participantes, fueron doce los mediadores que estuvieron involucrados en ese proyecto de investigación (todos entrenados en el uso de plataformas de Internet específicas, y en técnicas de mediación electrónica). A las parejas participantes se les ofreció la mediación en línea de forma gratuita a cambio de cumplimentar un formulario de evaluación posterior al procedimiento de mediación. El cuestionario de evaluación fue diseñado por la Universidad de Tilburg, Holanda, en colaboración con la Junta de Asistencia Jurídica de Holanda y la propia compañía Juripax. Todos los participantes estaban informados sobre el objetivo del proyecto de investigación y de que todos los detalles serían tratados de forma confidencial y anónima.

Frente a las posiciones críticas con estas tecnologías en línea aplicadas a los diferentes ámbitos de la mediación, llaman la atención datos como los

---

<sup>22</sup> <http://www.juripax.com/EN/home.php> ; <http://www.juripax.com/EN/odr.php>

aportados por SANJANA HATTOTUWA<sup>23</sup>, del Centro de Tecnología de la Información y Resolución de Disputas de Sri Lanka, quien en una ponencia presentada en 2006 en el IV Simposio ODR de Naciones Unidas celebrado en El Cairo, citaba un estudio del año 2004 en el que se referenciaban más de 115 plataformas ODR operativas en aquella fecha en el mundo. Cifras, sin duda, ya superadas a fecha de hoy. Solo el Centro Nacional de Tecnología y Resolución de Disputas (National Center for Technology and Dispute Resolution - NCTDR), fundado en 1998 por la Universidad de Massachusetts, en su página web tiene registradas, en una lista de proveedores de servicios ODR provisional<sup>24</sup>, más de 60 plataformas. Lógicamente, tal volumen de plataformas, abordando conflictos de muy diverso tipo nos lleva a una situación en la que es fácil perderse, tanto en lo que corresponde a técnicas específicas de mediación, como a marcos normativos en los que se sustanciarán esas disputas, muchas en escenarios internacionales. Sin duda, las recientes directivas europeas<sup>25</sup> aportarán un marco de seguridad jurídica en la utilización de estas plataformas en la eurozona ("Esto convierte a la ODR en un pilar básico en el relanzamiento del mercado único", afirmó la eurodiputada y autora del texto RÓZA THUN)<sup>26</sup>.

El marco legal en el que se deberá integrar esta plataforma electrónica de mediación, aparte del que resulte de la propia LMACM y del recién publicado Real Decreto, de 13 de diciembre de 2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, vendrá determinado por leyes tan diversas como la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, la Directiva 2008/52/CE

---

<sup>23</sup> <http://www.linkedin.com/in/sanjana>

<sup>24</sup> <http://odr.info/node/32>

<sup>25</sup> El Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de junio de 2013 publicó 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) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. En la misma fecha se publicó el Reglamento (UE) n° 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 modifican las mismas normas afectadas por la Directiva antes mencionada.

<sup>26</sup> <http://www.europarl.europa.eu/meps/es/96776/ROZA%20GRAFIN%20VON%20THUN%20H OHENSTEIN.html>; <http://portalprocesowy.pl/en/interview/art45.14-june-2012-roza-thun-adr-is-cheaper-and-more-convenient-for-businesses-than-the-courts.html>

sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema Arbitral de Consumo, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios públicos.

Una vez que las partes han acercado posturas y tienen puntos comunes como para alcanzar sus posturas deberán firmar el acuerdo. Dicho acuerdo puede firmarse a través de Internet de diferentes formas como mediante una firma electrónica o una firma electrónica reconocida (DNI electrónico). Lo más aceptado será el uso de certificados digitales reconocidos por las autoridades de certificación (ACA, DNIe, FNMT-Ceres, CATCERT, ACCV, ANCERT, FIRMAPROFESIONAL, SCR, ANF, entre otras). Y se deberán firmar no sólo los acuerdos finales sino también todas las actas (la Ley y el Real Decreto de 13 de diciembre de 2013 señalan que deberá levantarse acta de cada sesión), así como de los documentos de aceptación, rechazo, renuncia, de la mediación. Igualmente, y con el fin de asegurar de que los pactos alcanzados en el acuerdo final sean respetados y cumplidos por las partes, será conveniente que exista algún sistema de sesiones *online* para seguir comunicándose con las partes para realizar así un seguimiento.

En éste procedimiento se deberán seguir los mismos principios informadores del procedimiento de mediación presencial, es decir: voluntariedad y libre disposición (art.6); igualdad de las partes e imparcialidad del mediador (art. 7); neutralidad (art. 8); confidencialidad (art. 9); buena fe, respeto y cooperación (art. 10); y garantizar la identidad de los intervinientes (art. 24.1). Principios que deberán seguir tanto las partes como el mediador, que además será el encargado de velar por su cumplimiento. Y es que, tal y como dice el Proyecto de Real Decreto de mediación por medios electrónicos en su Preámbulo y en el Real Decreto de 13 de diciembre, de desarrollo de ciertos aspectos de la Ley de Mediación, los mediadores y las instituciones de mediación serán los responsables de asegurar que el procedimiento de mediación por medios electrónicos se realice correctamente y, especialmente

en lo concerniente a la seguridad y confidencialidad de todo el proceso. Tanto este Proyecto de Real Decreto, por el que se regula la mediación por medios electrónicos, de 13 de noviembre de 2012 así como el Real Decreto de 13 de diciembre de 2013, surgen como resultado de lo contenido en el artículo 24 de la LMACM que establece la posibilidad de desarrollar el procedimiento a través de medios electrónicos y de la disposición final séptima de la misma que dispone la utilización preferente de los medios electrónicos para supuestos de reclamación que no superen los 600€, por tanto, de ésta manera, tal y como se indica en el Preámbulo del Proyecto “(...) la tecnología se convierte en un elemento cardinal y pasa a ser la “cuarta parte<sup>27</sup>” del procedimiento de mediación (...).”

Hasta ahora, los procedimientos de resolución de conflictos se desarrollaban con la intervención de tres partes, las dos partes en controversia y la persona mediadora. Pero ahora, con la aparición de los procedimientos de resolución de conflictos en línea y al basarse los mismos en Internet se hace necesario revisar el papel de la figura de la tercera parte, es decir, del mediador, que se apoyará en las nuevas tecnologías y como consecuencia de ello influirá en el procedimiento cambiándolo.

En consecuencia, el procedimiento ya no tendrá tres partes sino cuatro siendo ésta la tecnología con la que trabajará el mediador y que no reemplazará, o no debiera, a éste sino que funcionará como una ayuda, como un aliado<sup>28</sup>: *“Así como el rol de la tercera parte puede variar de acuerdo con el contexto, también lo hace el rol de la cuarta parte. En la mayoría de los procesos de RDL, la cuarta parte no reemplaza la tercera sino que funciona como aliado, colaborador y colega. La cuarta parte puede asumir responsabilidad de distintas comunicaciones entre las partes; la manera en que*

---

<sup>27</sup> ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, desarrollaron la idea de que la tecnología conforma una “cuarta parte” (the forth party), dentro del proceso de solución en línea de conflictos, como una adición al mediador, el árbitro o el juez, a los cuales usualmente se les llama terceros respecto a las dos partes en disputa. “Cuando se pone en práctica el ODR, la tecnología puede además jugar un papel preponderante en el manejo del proceso y el establecimiento de la agenda, entonces en un sentido metafórico la tecnología llega a ser la cuarta parte” (Rule, 2002, p. 57). Los ODR facilitan la resolución de conflictos mediante el poder transformador de la tecnología, la cual, como señalaron KATSH, E. Y RIFKIN, J., se incorpora como la cuarta parte en el modelo tripartito tradicional en la resolución de conflictos.

<sup>28</sup> KATSH, E. Y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001, 226 pp.

la tercera y cuarta parte interactúan, afecta a muchos elementos del proceso de resolución de disputas”. Por tanto, la tecnología será un elemento crítico en los procedimientos RDL y en la mediación *online*, e integrar el componente humano, la figura del mediador, con el aspecto automatizado del procedimiento será difícil y conflictivo pero deberemos tener en cuenta que la cuarta parte no deberá usurpar el rol del mediador<sup>29</sup>, cosa que sucede, en nuestra opinión, cuando éste es sustituido por un programa informático o una plataforma electrónica de negociación. Pero como vemos nuestro propio legislador habla de negociación automática para referirse a ella lo que induce a más confusión. Y, además, en estos sistemas desaparece la figura del mediador que, de acuerdo con la Ley de mediación, debe ser una persona física o natural<sup>30</sup>, con lo que ¿seguiremos ante un procedimiento de mediación? Son estas cuestiones que nosotros entendemos que darían lugar a una respuesta negativa.

Por tanto, y tras lo expuesto, el procedimiento electrónico simplificado para reclamaciones de cantidad y que se regula en el artículo 16 del Proyecto de Real Decreto bajo la denominación “negociación automática”, y en los artículos 30 y siguientes del Real Decreto, de 13 de diciembre de 2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en los que la figura del mediador desaparece siendo sustituida por el programa informático no se ajusta, en nuestra opinión, con lo dispuesto en el artículo 11 de la propia LMACM, surgiendo así la duda de si en estos casos hablaríamos de mediación o de negociación asistida.

---

<sup>29</sup> “La cuarta parte es crítica en estos procesos, haciendo posible tanto la comunicación pantalla a pantalla, como facilitando a la tercera parte el uso competente y estratégico de la resolución de disputas pantalla a pantalla. (...) La tercera parte, el humano mediador, con todo, tiene un rol activo que jugar en la comunicación en línea” (KATSH, E. Y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001, pág. 121.

<sup>30</sup> Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador.

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

### **III. LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR EN LA MEDIACIÓN ONLINE Y EN LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA SIMPLIFICADA: LOS SISTEMAS DE PUJA CIEGA.**

La LMACM y el Real Decreto de 13 de diciembre de 2013 configura un modelo que tiene en la figura del mediador una de sus piezas esenciales, en tanto que es el responsable de dirigir un procedimiento cuyo propósito es facilitar el consenso en situaciones de conflicto. Y así en el artículo 1 de la LMACV se establece que: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”, y en el artículo 11 apartado primero y segundo se establece que: “podrán ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles” (...). Las personas jurídicas podrán ser Instituciones de mediación pero para realizar las mediaciones deberán designar como mediadores a personas naturales (...)”. Por tanto el mediador es la pieza esencial del sistema, debiendo ser una persona física y con una preparación específica<sup>31</sup>, cuya actuación “facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley”<sup>32</sup>. Por tanto, la comunicación, el diálogo, será un elemento esencial en la resolución de conflictos, siendo dicha comunicación propiciada por el mediador.

Es decir, el mediador tendrá como objetivo crear un espacio de entendimiento donde las partes sean capaces de gestionar el conflicto surgido entre ellas para que, con su ayuda, alcancen un acuerdo beneficioso y satisfactorio para las dos. Constituye pues, una premisa básica de la mediación, la voluntariedad de las partes en acudir al mediador y embarcarse

---

<sup>31</sup> Artículo 11.2 LMACM: “El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.”

<sup>32</sup> Artículo 13.1 y 2 LMACM. Actuación del mediador.

en un procedimiento de mediación, así como la aceptación, sin reservas, del mediador como persona imparcial e independiente sin ninguna relación con el problema o conflicto que las enfrenta, de manera que lo perciban como una figura que les va ayudar a encontrar un acuerdo, nunca como un enemigo pero tampoco como un aliado.

La LMACM en su art. 11 establece las condiciones para poder ejercer como mediador, las cuales son:

- Ser persona natural
- En pleno ejercicio de los derechos civiles
- Que no exista impedimento legal por razón de la profesión
- Para personas jurídicas, designar una persona física que reúna los requisitos del mediador.
- Estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior. Este requisito nos parece un acierto a pesar de que la ley no concrete qué titulaciones dan acceso a la condición de mediador. En todo caso debería buscarse la mayor especialización posible.
- Contar con formación específica: el legislador exige tanto formación académica general como específica en mediación. Esta formación específica, según la ley consistirá en uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Respecto a éstos dos últimos requisitos debemos señalar que los mismos impedirían que programas informáticos fuesen mediadores *online*. Estos ni son personas físicas ni pueden tener título universitario o profesional, en consecuencia, tampoco reúnen, ni reunirán nunca, ésta formación específica requerida.

El mediador interviene en diferentes situaciones tratando de solucionar el conflicto existente por medio de un conocimiento del asunto en cuestión así como del procedimiento de mediación. De ahí la formación requerida, ya que deberá conocer, no sólo el procedimiento de mediación, sino también la

metodología de negociación basada en intereses. El Código de conducta europeo para mediadores se ocupa, algo, de la formación del mediador y dice que éstos serán competentes en materia de mediación y deberán conocer el procedimiento de la misma, debiendo tener una formación adecuada y actualizada a las normas o sistemas vigentes de acreditación.

Por tanto, el mediador con la formación en metodología de negociación de intereses, si la tiene, será capaz de preparar los encuentros con las partes, debatir con ellas, conocer sus intereses, tratar de conciliarlos y, finalmente, alcanzar un acuerdo que trate de satisfacerlos. El mediador debe tratar de unir (o acercar las posiciones enfrentadas) los intereses de la partes proponiendo un acuerdo que los satisfaga. Pero puede ocurrir que esta propuesta no sea aceptada, de ahí la importancia de que el mediador siga un procedimiento reglado y probado que sirva para las situaciones conflictuales.

Desde luego el uso de tecnologías informáticas es un reto para los mediadores, debiendo adaptar sus técnicas y métodos de trabajo y adecuarlos a las peculiaridades de la mediación *online*. Por tanto, deberá estar familiarizado con los recursos tecnológicos que va a emplear y, en el caso de utilizar una plataforma informática que le permitirá desarrollar todo el procedimiento, será necesario que tenga un amplio conocimiento del funcionamiento de la misma y de sus funcionalidades. Una de las desventajas de las comunicaciones electrónicas es la dificultad de advertir los aspectos no verbales de la comunicación (como cuando se lleva a cabo el procedimiento en una sala *chat room*), por lo que la generación de confianza por parte del mediador será más complicada. Entonces ¿cómo podrá conseguir un ambiente de confianza que supla el acercamiento personal sobre el que se basa la mediación? Esto será un desafío para el mediador, el cual deberá adecuar las técnicas empleadas tradicionalmente al nuevo entorno y estar al tanto de las normas de protocolo y cortesía en las comunicaciones electrónicas.

En general, se recomienda que sea asertivo y activo en todo lo que se refiere al proceso de mediación, es decir, en mantener el respeto a las reglas del juego donde éste se desarrolla, interviniendo cuando no se respetan los turnos de palabra, cuando se agrede verbalmente o se menosprecia al otro (o

incluso al mediador) o cuando se desvían del análisis de los problemas que han originado la mediación. Evitando el uso de mayúsculas fuera de los casos expresamente establecidos gramaticalmente, ya que en el lenguaje electrónico las mayúsculas se asocian con los gritos, de ahí que escribir frases enteras en mayúscula crearía situaciones incómodas en el receptor. También será aconsejable que se mantenga en todo momento neutral en cuanto al contenido de la disputa, sin deslizar opiniones, comentarios, expresiones o gestos que impliquen una toma de partido por una u otra parte.

Sin embargo, existen discrepancias en relación con otros aspectos; por ejemplo, en todo lo que se refiere a sí el mediador ha de sugerir o proponer alternativas y soluciones cuando las partes no lo hacen o cuando no se muestran de acuerdo con ninguna de las planteadas por ellas mismas. Ciertos enfoques sostienen que el mediador no debe aportar nada que no haya sido expresado o propuesto por las partes, aunque esa actitud pasiva conlleve la no obtención de un acuerdo, mientras que otros apoyan un papel más activo del mediador, sugiriendo alternativas cuando se alcance un punto muerto o cuando detecte posibles consecuencias negativas del acuerdo que se pretende alcanzar.

Evitando ambos extremos, parece razonable sugerir que sea cada mediador el que a partir de su experiencia y conociendo cada caso concreto tome una decisión al respecto, sin adoptar un rol inflexible –en uno u otro sentido– sea cual sea el carácter de la mediación.

Lo primero que deberá hacer el mediador ante la propuesta de las partes de acudir a este medio de resolución será estudiar y valorar si el caso concreto que se le plantea es susceptible de llevarse a cabo por este medio de resolución, o si, por el contrario, el “cara a cara” resulta inevitable. La mediación *online* respecto a la mediación tradicional implica modificaciones relacionadas principalmente con los aspectos espaciales y temporales, lo que afectará a la naturaleza de la comunicación que, como veremos, podrá ser sincrónica o asincrónica. En consecuencia, la conducta de las partes también se verá afectada al igual que la actitud y la estrategia del mediador a la hora de

resolver los problemas que surjan tanto entre las partes como durante el desarrollo del procedimiento.

Tras recibir la propuesta y el consentimiento firmado por las dos partes el mediador recabará toda la información importante y que le sea necesaria para llevar a cabo el procedimiento. Información y documentos que podrán estar ya accesibles en la red y en la plataforma de mediación que se utilice, lo que puede llevar a que no sea necesario el discurso inicial del mediador, aunque si será preciso que se introduzca el procedimiento, se dé la bienvenida a las partes explicándoles el procedimiento, sus derechos y obligaciones, bien de manera *online* o cara a cara. El mediador escuchará a las partes que expondrán el objeto de su reclamación y revisará los datos recabados, tomando notas respecto de los temas que, a su entender, resulten más relevantes. Igualmente elaborará una lista con las necesidades de las partes que expondrá para recabar su conformidad a la misma por parte de estas o si desean añadir o borrar algo de la misma. Al ser un procedimiento *online* y si éste se realizara, por ejemplo, mediante un chat telefónico, el uso de emoticones<sup>33</sup> podría indicar el estado de ánimo de las partes frente a los hechos que se van describiendo facilitando así, al mediador, comprender el estado de ánimo de las partes y concentrarse en lo que estas le van diciendo. Y aunque el uso de estos no será adecuado en todos los contextos, podrán servir para reforzar la carga emocional de una expresión escrita.

El mediador invitará a las partes a generar la mayor cantidad de opciones sin, como ya hemos dicho, hacer juicios de valor sobre ellas. Podría incluir, sin ser por ello una intromisión en las decisiones de las partes, sus propias opciones para moderar las posiciones pudiendo las partes elegir esas ideas como suyas o no. Si tuviera alguna experiencia profesional en el área en disputa podría sugerir a las partes la necesidad de buscar información

---

<sup>33</sup> Un emoticón es una secuencia de caracteres del teclado que se utiliza para acentuar una emoción. Se coloca después del último signo de puntuación de una frase, y normalmente se lee de lado y en sentido contrario a las agujas del reloj. Entre los más conocidos destacan la sonrisa :-), el guiño ;-), el que expresa asombro :-o, el sarcasmo :-[ o la tristeza :-(. También se usan, por ejemplo, para mandar besos :-\*. Se atribuye su invención a SCOTT FAHLMAN, de la Universidad Carnegie Mellon (EE UU), que fue el primero en usar uno de estos símbolos en 1982, hace tres décadas, para representar una cara sonriente.

pertinente o asesoramiento técnico y, al realizarse de forma *online*, ello proporcionaría más tiempo para revisar las opciones o elegir las más convenientes.

El mediador en esta fase podrá realizar con cada una de las partes reuniones privadas o *caucus*<sup>34</sup>, para ver si hay algún elemento que pueda bloquear el procedimiento. Estos *caucus* se podrán realizar de manera presencial, utilizando el software adecuado, al cual invitará a la parte que corresponda o enviando, finalmente, mensajes privados. El mediador podrá enviar a cada una de las partes el registro de todas las comunicaciones realizadas con las mismas para que las revisen y muestren su conformidad, mediten sobre lo dicho o planteen preguntas para aclarar cuestiones realizadas, bien por ellos o por la otra parte utilizando, por ejemplo, un *chat room*<sup>35</sup>.

Tras la exposición de los argumentos comenzará la etapa de negociación en la que las partes reevaluarán sus posiciones y prioridades iniciales e irán presentando a la otra parte sus propuestas de acuerdo. Al hacerse de manera *online* esta fase resultará muy ágil acelerando así el procedimiento y reduciendo los costes, y no sólo de tiempo. Esta fase finalizará con el acuerdo que, o bien es redactado por las partes de mutuo acuerdo sin

---

<sup>34</sup> Es una reunión privada realizada por el mediador con cada parte separadamente y, junto con las reuniones conjuntas, forman el proceso de mediación.

<sup>35</sup> Espacio virtual donde se reúnen usuarios para chatear. Pueden ser de acceso libre o acceso limitado por invitación o suscripción. Suelen tener un nombre y descripción que identifican el objetivo general de la sala, por ejemplo: "España", "Adultos", "Los\_Simpsons", son todos nombres comunes para salones de chateo. Los salones de chat suelen tener una parte pública y una parte privada. Todo lo que se escriba en la pública, será leído por todos los usuarios de la sala. También se pueden enviar mensajes privados a un determinado participante del salón. Los salones de chat muchas veces tienen un operador que se encarga de controlar el cumplimiento de las normas de la sala, como las normas generales de todo el servidor de chat e incluso normas legales. El operador puede ser tanto un sistema experto en el procedimiento, es decir un robot (bot), como un humano. El robot se encarga de "leer" lo que escriben los usuarios en los salones y comprobar que se cumplan las normas preestablecidas. Generalmente controlan el spamming, los floods (comportamiento abusivo de la red de comunicaciones, normalmente por la repetición desmesurada de algún mensaje en un corto espacio de tiempo. Consiste en mandar mucha información en poco tiempo a alguien para intentar que se sature. La manera de aprovechar esto en los chats, consiste en enviar muchas peticiones de información a la víctima, de forma que ésta, al contestar, supere el límite del servidor y éste lo eche) y las malas palabras. El operador suele tener la facultad de expulsar e incluso prohibir el acceso a un usuario que infringe las normas (lo que se llama kick o patada). Incluso, con el poder suficiente, un operador puede prohibir el acceso del usuario al servidor de chat mismo (generalmente prohibiendo su dirección IP).

intervención ya del mediador, o es redactado por el mediador de acuerdo a las indicaciones de las partes (si las partes así lo han acordado y el mediador ha aceptado); en este caso, se reenviará posteriormente a ellas de forma electrónica de nuevo para su aprobación y firma.

Dicho acuerdo podrá ser elevado a escritura pública mediante su protocolización. Esta la realizará un notario el cual deberá comprobar que se han cumplido con todos los requisitos exigidos por la Ley, se han respetado los principios reguladores de la mediación y, finalmente, que el acuerdo alcanzado y suscrito por las partes es ajustado a derecho. El acuerdo que cumpla con estos requisitos será elevado a escritura pública y se formalizará como título ejecutivo<sup>36</sup>.

La LMACM establece, en la Disposición final séptima, la posibilidad de realizar el procedimiento de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad y que se realizará mediante la denominada mediación electrónica simplificada. Esta utilización de medios electrónicos en la mediación se establece en el Capítulo II, artículo 10, 11 y 12 del Proyecto de Real Decreto dando lugar así al Procedimiento electrónico simplificado para aquellas reclamaciones de cantidad que no excedan de 600€ y cuya regulación se contiene en el Capítulo III, artículos 13 a 17 del citado Proyecto de Real Decreto y en el Capítulo V, artículos 30 y ss del Real Decreto de 13 de diciembre de 2013.

Y se establece, en el artículo 16<sup>37</sup> del Proyecto de Real Decreto la posibilidad de realizar la denominada negociación automática, mediante la cual la figura del mediador pasa de ser esencial a accesoria, e incluso innecesaria, siendo sustituida por el programa informático que llevará a cabo el

---

<sup>36</sup> Sobre la ejecución del acuerdo de mediación véase PARDO IRANZO, V., “El acuerdo de mediación como título ejecutivo. Su configuración como título asimilado al judicial”, en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, GOMEZ COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S.; CALDERÓN CUADRADO, P.(Coord.), Edit. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 698-703.

<sup>37</sup> Artículo 16. Negociación automática.

“En caso de que, una vez recibidas las posiciones de las partes, haya acuerdo sobre la cantidad reclamada, el sistema electrónico les ofrecerá de forma automática una propuesta de acuerdo para su aceptación. De ser rechazada por alguna de las partes la propuesta económica o la propuesta del acuerdo final, ambas efectuadas por el sistema electrónico, se podrá solicitar al sistema una nueva propuesta con el límite de ofertas que establezcan las reglas de la institución de mediación”.

procedimiento de mediación. Y en mi opinión es lo que se establece en los artículos 30 a 38 del Real Decreto de 13 de diciembre de 2013, respecto de los cuales, como ya he dicho, lo que se establece, da igual como se presente no presente este tipo de procesos ya que lo cierto es que estamos hablando de negociación: negociación asistida por inteligencia artificial, negociación asistida por un tercero, negociación automática, negociación de puja ciega, etc., pero en ningún caso de mediación de conflictos. Vale decir que la mediación por medios electrónicos se rige por los principios de la “*auto-regulación*”. Pero la “*auto-regulación*” no significa que vale cualquier cosa sino que habrá que tener presente dos cosas:

1. Los principios legales que la Ley 5/2012 establece para la mediación.
2. Los principios del proceso de mediación.

Y es que, según la regulación comentada, se da lugar así a los sistemas de puja ciega en los que no interviene un mediador y donde todas las actuaciones estarán predefinidas por las partes con la asistencia de un programa informático. En este sistema las partes comunican sus pretensiones directamente al programa informático que servirá de intermediario.

Las partes, por tanto, no interactúan entre sí, la comunicación es unidireccional con el programa informático, conocido como “la cuarta parte” por interactuar junto con las partes y el mediador aunque esta denominación de la aplicación informática realmente se utiliza para referirse a la ayuda que recibe el mediador de las herramientas informáticas que facilitan la gestión de la mediación *online*<sup>38</sup>, siendo el que interactúa con las partes para detectar los

---

<sup>38</sup> Una de las ideas más brillantes del libro de KATSH, E. Y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001, es la introducción del concepto de “cuarta parte”. Los procedimientos de resolución en línea, al basarse en internet, tienen que revisar la figura de la tercera parte, que debe apoyarse en programas informáticos (tecnología) lo cual, a su vez, modela el proceso. Como resultado la Resolución de Disputas en Línea (RDL), no tiene tres partes sino cuatro. Esta cuarta parte presente en la “mesa” de la mediación es la tecnología que trabaja con la persona facilitadora. En general esta “cuarta parte” no reemplaza a la persona mediadora, y no tiene la misma influencia, pero funciona como aliado, colaborador y compañero: “Así como el rol de la tercera parte puede variar de acuerdo con el contexto, también lo hace el rol de la cuarta parte. En la mayoría de procesos de RDL, la cuarta parte no reemplaza la tercera parte sino que funciona como aliado, colaborador y colega. La cuarta parte puede asumir responsabilidad de distintas comunicaciones entre las partes; la manera en que la tercera y cuarta interactúan afecta a muchos elementos del proceso de resolución de disputas” (RIFKIN, J., *Online Dispute*

puntos de conexión que servirán para lograr el acuerdo que finalmente les resulte satisfactorio. El software informático analizará las propuestas para comprobar si se ha alcanzado un acuerdo por existir coincidencia en algún punto del margen de tolerancia definido. Margen de tolerancia que es esencial para definir el comportamiento en la negociación y las probabilidades del acuerdo. Si existe, entonces se entiende cerrado el acuerdo.

En estos casos, por tanto, la labor del mediador es sustituida totalmente por el programa informático planteando una serie de cuestiones relativas a si realmente estaríamos hablando de mediación, ya que en estos supuestos se aplica un sistema de negociación completamente ciego, sin gestos de comunicación entre las partes y sin el discernimiento de una mente humana. La figura del mediador queda así totalmente desdibujada, llegando incluso a desaparecer al ser sustituida por un programa informático. Por lo que será un algoritmo matemático, implementado en el programa informático, el que decidirá sobre las propuestas realizadas por cada una de las partes para ponderar y buscar un valor medio entre las dos posturas y así alcanzar un acuerdo con base en las condiciones pactadas por las partes (el margen de tolerancia).

Antes hemos dicho que la decisión final es establecida por el sistema construido para resolver de forma automática las disputas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la entidad que ofrece el sistema, y respecto a esto nos gustaría hacer unas precisiones respecto a la idea de que la decisión final es establecida por el sistema automático.

La primera es que el mediador, *online* o no, no establece decisión alguna sino que son las partes las que llegan, o no, a un acuerdo. En todo caso, puede ser el mediador el que redacte el contenido de la decisión de estas (siempre que las partes así lo hayan establecido y el mediador haya aceptado) pero no lo establece.

La segunda es que, en nuestra opinión, no existe una mediación automática o automatizada, es decir, que ninguna máquina ni programa

---

*Resolución: Theroy and practice of the fourth party. Conflict Resolution Quarterly, 19 [1], 117-124, 2001, p.121).*

informático puede suplir la función de ayuda a la comunicación del mediador. Una explicación admisible sería pensar que esta forma de mediación se ha basado en el modelo de Harvard, que se dirige a los resultados (alcanzar un acuerdo) y a satisfacer unas necesidades inmediatas pero no a resolver las causas internas del conflicto, y no en la escuela de la transformación, por la que los acuerdos que se logren tendrán una probabilidad mucho mayor de cumplirse porque las personas habrán tratado las causas de su malestar y se habrán comprendido entre ellas, por lo que se sentirán libremente vinculadas a dicho acuerdo y lo cumplirán con convicción. Nuestra LMACM no sigue el modelo de Harvard sino el de la transformación, y así lo vemos en la misma exposición de motivos de la LMACM cuando dice que “(...) no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”. Por lo que la mediación, en ocasiones, estabilizará el conflicto más que resolverlo o solucionarlo, permitiendo a las partes identificar y asumir mejor las diferencias que las separan, de forma que decidan, tal vez, no seguir con la contienda.

Esta forma de ver la mediación es la que se pretendió con 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, y también en la LMACM. Y es que la mediación, sea *online* o no, no pretende únicamente la adopción de un acuerdo y que éste tenga efectos ejecutivos, también persigue una gestión razonable del conflicto que evite que las partes implicadas conviertan su controversia o disputa en un litigio que acabe llegando a la jurisdicción ordinaria, o que produzca una escalada hacia situaciones más agresivas. Pero para que éste procedimiento sea posible es necesario que las partes estén motivadas para cooperar entre ellas con el objetivo de alcanzar un acuerdo y resolver de ésta manera su disputa, al igual que deben estar de acuerdo en respetarse durante y después del procedimiento asumiendo los acuerdos alcanzados.

En consecuencia, este procedimiento de mediación automatizada o de puja ciega no sólo es criticable sino también rechazable, y no sólo por afectar a un elemento esencial de la mediación como es la figura del mediador, sino

también porque con este procedimiento se infringirían las garantías de las partes, la disputa se resolvería por una interfaz a través de unos parámetros y registros almacenados de miles de situaciones previas, reales o hipotéticas, por tanto suplantando todo el procedimiento de mediación por un sistema de puja ciega. Y más cuando en estos casos se podría dar entrada a un mediador para que controlase la disponibilidad de la materia objeto de controversia y los principios de mediación, así como que comprobase la realidad, y si cabe, la legalidad de los acuerdos, y cuyos efectos no serán los fijados en la LMACM, para el acuerdo de mediación. Una cosa es que el procedimiento sea telemático o virtual y otra cosa muy distinta es suplantar la figura del mediador por un aparato con inteligencia artificial, restando así todos los valores humanos necesarios a la hora de mediar con personas. Por tanto, se deberían descartar como mediación estos procedimientos en los que se pretende alcanzar un acuerdo entre dos contendientes a través de una aplicación informática que orienta, asesora o formula sugerencias. Siendo esto más una negociación o intento de transacción. Un método alternativo de resolución de controversias sí, pero no una mediación<sup>39</sup>.

#### **IV. PROBLEMAS Y CRÍTICAS A LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA SIMPLIFICADA Y LA POSICIÓN DEL MEDIADOR EN LA MISMA.**

Como ya hemos visto tanto en el Real Decreto, de 13 de diciembre de 2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el desarrollo de la Mediación por medios electrónicos, de fecha 13 de noviembre de 2012<sup>40</sup>, se establecen una serie de normas básicas de las actuaciones electrónicas que se puedan llevar a cabo y se prevé un procedimiento simplificado de reclamaciones de pequeña cuantía. Y, según el mismo, las mediaciones que empleen medios electrónicos para

---

<sup>39</sup> Al parecer estos mecanismos de negociación son de considerable utilidad en el ámbito de las reclamaciones de indemnizaciones a las compañías aseguradoras. Cfr. CORTÉS DIÉGUEZ, CTLR, 2009, 15 (4), 90-100, *cit.*, p. 3 de la ed. Digital. El autor estudia de forma pormenorizada el funcionamiento de CyberSettle.

<sup>40</sup><ftp://www.icahuelva.es/CIRCULARES/ProyectoMediacionmediosselectronicos.pdf>;  
<http://www.acuerdojusto.com/Descargas/proyectomediacionelectronica.pdf>

comunicar las partes con los mediadores seguirán el régimen general, indicando que las comunicaciones se realizarán por medios de información generados, expedidos, recibidos o archivados por medios electrónicos o similares, incluyendo en los mismos toda la información, documentos, videos, imágenes, textos y sonidos en formato digital.

Estableciendo una mediación automatizada (*online*) denominada en el Proyecto negociación automática o automatizada y para cuando se produzca una reclamación de cantidad que no exceda de seiscientos euros. En estos casos se producirá una negociación automatizada, no una mediación, que ofrecerá una propuesta, también automática a las partes, de resolución de la controversia (conflicto) existente entre ellas.

Los sistemas electrónicos de resolución de conflictos surgen para solucionar las disputas que se originan en las relaciones económicas o patrimoniales civiles y mercantiles. A veces para resolver las disputas las partes acudirán a sistemas privados ofrecidos por terceros o empresas especializadas. En este sentido, dentro de los sistemas de resolución electrónica de conflictos se puede considerar el diseño de métodos de negociación automatizados o de puja ciega que ofrecen terceros. Estos sistemas son gestionados o administrados por alguien totalmente ajeno a la disputa, un tercero imparcial y neutral. Esto es importante ya que si este tercero no es ajeno a la disputa no hablaremos entonces de mediación sino de negociación asistida.

Ejemplos de esto, en el ámbito privado internacional sería Colin Rule<sup>41</sup>, pionero en ODR a finales de la década de los 90 y director de los servicios de resolución de disputas en eBay<sup>42</sup> y PayPal,<sup>43</sup> que en la primera década del actual milenio lanzó la plataforma MODRIA<sup>44</sup>, con sede en San José, California, en los que intervienen, a la hora de resolver la disputa surgida, como un tercero intermediario de las operaciones económicas que se realizan en su portal,

---

<sup>41</sup> <http://www.linkedin.com/in/crule>

<sup>42</sup> <http://pages.ebay.es/help/tp/problems-dispute-resolution.html>

<sup>43</sup> <https://www.paypal.com/es/webapps/mpp/security/sell-sellerguide>

<sup>44</sup> <http://modría.com/products/>

entre compradores y vendedores<sup>45</sup>. En el ámbito civil en España, ODR Solomediación<sup>46</sup>, una iniciativa conjunta de MIQUEL TORT<sup>47</sup>, FRANCO CONFORTI<sup>48</sup> y ALBERTO ELISAVETSKY<sup>49</sup>, crea en octubre de 2009 la web *mediaronline*<sup>50</sup> que ofrecía el software de *webconf*<sup>51</sup> para realizar mediaciones *online*, si bien el proyecto no tuvo continuidad. Posteriormente, *Mediar Online*, dirigida por el profesor FRANCO CONFORTI, de la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM), se convierte en la primera plataforma que ofrece servicios de mediación sincrónica, con el soporte de un software desarrollado en la Argentina, para el que el profesor ALBERTO ELISAVETSKY sirve de puente. Y más recientemente, el sistema de gestión + ODR *Mediare* (SGMARC)<sup>52</sup>, de la compañía eJustIC, ofrece un software de negociación / mediación simplificada, automático on-line. También, la plataforma *Amicuo*<sup>53</sup> ofrece un proceso de mediación electrónica, donde todas las comunicaciones entre el mediador y las partes se realizan por vídeo (a través de *Amicuo.com*), teléfono o correo electrónico. En ambos casos, las partes se ayudan de la plataforma *online* de mediación para gestionar los trámites y documentos.

También en la esfera del “*training*”, existen desde hace años algunas plataformas como el Virtual Mediation Lab<sup>54</sup> fundado por Giuseppe Leone<sup>55</sup>, de la Association for Conflict Resolution - ACR Hawaii<sup>56</sup> (básicamente orientada al mundo anglosajón) y el Programa *Simediar*<sup>57</sup>, en el ámbito de Latinoamérica, promovido por el profesor ALBERTO ELISAVETSKY de la Universidad Nacional de

---

<sup>45</sup> Es un método empleado por varias páginas web, un ejemplo sería la empresa *Squaretrade.com*, que ha firmado un convenio con *ebay*. Así *ebay* deriva los conflictos entre compradores y vendedores a dicha empresa, que ofrece un proceso gradual de negociación por mediaciones automatizadas y posteriormente un proceso de mediación con costo si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo. Además de éste hay otros sitios que usan a través de sus sitios web estos sistemas, como: *Cybersettle*, *ClikNsttle* y *Courthouse*.

<sup>46</sup> <http://solomediación.com/>

<sup>47</sup> [es.linkedin.com/in/miqueltort](http://es.linkedin.com/in/miqueltort)

<sup>48</sup> <http://acuerdojusto.com/Franco%20Conforti%20Euro%20CVES.pdf>

<sup>49</sup> [about.me/albertoelisavetsky](http://about.me/albertoelisavetsky)

<sup>50</sup> [http://www.acuerdojusto.com/AcuerdoJusto/Mediar Online.html](http://www.acuerdojusto.com/AcuerdoJusto/MediarOnline.html)

<sup>51</sup> <http://www.webconf.me/meet>

<sup>52</sup> <http://ejustic.com/productos/mediare-sistema-de-gestion-odr-galeria-de-imagenes-mediare/>

<sup>53</sup> <http://amicuo.com/como-funciona/proceso-mediación-electronica>

<sup>54</sup> <http://www.virtualmediationlab.com/>

<sup>55</sup> [www.linkedin.com/in/mediationskills](http://www.linkedin.com/in/mediationskills)

<sup>56</sup> <http://acrhawaii.com/outreach/>

<sup>57</sup> <http://simediar.com>

Tres de Febrero (UNTREF), de Buenos Aires, para el desarrollo de simulaciones de mediación *online*.

De la misma manera que, como ya hemos dicho, no todos los conflictos pueden ser abordados a través de la mediación, sin duda, tampoco todos los que pueden ser objetivamente mediables tiene por qué ser abordados por medios electrónicos. Pero lo cierto es que, dentro de los inconvenientes o problemas que pueden ser consustanciales al uso de sistemas *online*, se encontraría, en un buen número de casos, la exigencia de que las partes dispongan de los recursos y habilidades informáticas suficientes para su utilización. Algo que no resultaría un hándicap para quienes, de forma habitual, los utilizan regularmente en diferentes ámbitos de su hacer cotidiano. Desde luego, la comunicación es un elemento esencial en la resolución de conflictos.

Resulta paradójico que, mientras muchos se cuestionan todavía la utilidad, eficacia e idoneidad, de estas tecnologías TICs, otros ya las empiecen a considerar, en sus actuales plataformas, algo obsoletas y abogan por una nueva fase en el uso de las nuevas herramientas ODR para nuevos ámbitos de mediación. Así, por ejemplo, MARTA POBLET<sup>58</sup>, investigadora del ICREA y miembro del Instituto de Derecho y Tecnología de la Universidad Autónoma de Barcelona (IDT-UAB), publicó en junio de 2010 un trabajo muy interesante sobre ODR, en el que ofrece una revisión sintética del estado actual de los servicios de resolución en línea de disputas (ODR) en el panorama internacional, avanzando algunos de las nuevas herramientas TIC que pueden inspirar la configuración de una nueva generación de servicios de ODR, y que ya se vienen denominado ODR 3.0 (muy del gusto, por cierto de Sanjana Hattotuwa, citado anteriormente), en un monográfico «Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal» de la Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC (Universitat Oberta de Catalunya), bajo el título “¿ODR 3.0? Lecciones desde Sri Lanka, la India, Kenia o Haití”<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup>[http://idt.uab.es/index.php?option=com\\_contact&view=contact&id=20:marta-poblet&catid=12:people](http://idt.uab.es/index.php?option=com_contact&view=contact&id=20:marta-poblet&catid=12:people)

<sup>59</sup> <http://www.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/813/n10-poblet>

Desde nuestro punto de vista, el recurso a la mediación electrónica es una herramienta más que el legislador pone al alcance de las partes y de los mediadores para auxiliarles en el objetivo de concluir un acuerdo que pueda resolver la situación previa de conflicto y establezca las bases para evitar conflictos futuros que traigan su origen en la misma causa. Ni más, ni menos. La elección del mismo será una decisión de las partes y del mediador, que tendrá que evaluar lo adecuado o no del procedimiento por este sistema en función de las características propias de cada mediación en particular.

Por tanto, siempre serán los protagonistas de la mediación quienes decidirán la utilidad o no de su uso, pero la tendencia parece apuntar decididamente por estas plataformas, con el apoyo de los grupos políticos y de las autoridades comunitarias<sup>60</sup>.

Tampoco es esto tan extraño ya que si nos atenemos a las cifras, según estimaciones de Bruselas, un acceso universal a los procedimientos ADR/ODR en toda la UE ahorraría a los consumidores cerca de 22.500 millones de euros al año (aproximadamente el 0,2% del PIB de la UE).

Pese a lo dicho, y a las ventajas que nos ofrece, nos plantea este procedimiento la duda de si, en estos casos, estaríamos ante una mediación o no y si el hecho de establecerlo como un procedimiento preferente para supuestos que consistan en una reclamación de cantidad que no exceda de 600€ podría afectar al principio de voluntariedad de la mediación a través de medios electrónicos que establece el art. 30 del Real Decreto de 13 de diciembre y el art. 1.2 del Proyecto. Para lo primero nos remitimos a lo ya expuesto recalando que, en éste caso y en nuestra opinión, no nos encontraríamos ante una mediación sino ante una negociación automatizada. De hecho, tanto en el Real Decreto como en el Proyecto de Real Decreto hablan de negociación automática (arts. 30 y 16 respectivamente) y de un

---

<sup>60</sup> El martes 12 de marzo de 2013, el pleno del Parlamento Europeo se aprobaron dos directivas de Resolución Alternativa de Litigios (ADR, en sus siglas en inglés) y Resolución de Disputas Online (ODR), que pretenden garantizar que los consumidores de la Unión Europea tengan acceso a una mediación rápida, barata e imparcial en la resolución de litigios por bienes o servicios, evitando que los consumidores tengan que hacer frente a largos y costosos trámites judiciales, especialmente a raíz de compras transfronterizas o a través de internet. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PV+20130312+ITEM-008-06+DOC+XML+V0//ES>

sistema de puja ciega en el que las partes reciben propuestas de acuerdo para su aceptación estableciendo un límite de ofertas y en el que, una vez aceptada y confirmada la propuesta ofrecida por el sistema electrónico, se producirá el acuerdo (arts. 36 y ss. y 17 respectivamente), que redactará de nuevo el sistema electrónico, y que las partes simplemente validarán mediante firma electrónica o por el sistema elegido por ellas. Incorre de este modo el legislador de nuevo, en confundir, en nuestra opinión, entre negociación y mediación ya que, al establecer este procedimiento de resolución elimina una figura esencial del procedimiento como es la del mediador. Es cierto que, de acuerdo con el artículo 18<sup>61</sup>, el mediador debe firmar al acuerdo (recuperando así lo dispuesto en el Anteproyecto de Ley de mediación), pero ni ha estado durante el procedimiento ni se dice que deba efectuar una comprobación del acuerdo a efectos de que el mismo se ajuste a derecho, simplemente debe asegurarse de que las partes reciben el acuerdo y lo firman, con lo que nos encontraremos, en nuestra opinión, ante otra forma de resolución de controversias pero no una mediación. Por lo que, este Real Decreto lo entendemos más orientado a las plataformas electrónicas de mediación *online*, o mejor dicho de negociación automatizada, que se puedan establecer para ofrecer estos servicios que a garantizar los principios y garantías del procedimiento de mediación contemplados en la LMACM.

Y, finalmente, respecto a la afectación del principio de voluntariedad, parece que el Proyecto al establecer esa limitación por la cuantía determina que se deberá seguir obligatoriamente el procedimiento de mediación electrónica. Si esto fuera así, y así quedara, entendemos que iría en contra del principio de voluntariedad (art. 6 de la LMACM) y la exigencia de consentimiento expreso que recoge el Real Decreto y el Proyecto de forma repetida<sup>62</sup> y que impone la LMACM<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Artículo 18. Acreditación del fin del procedimiento.

1. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y deberá ser firmada por todas las partes y por el mediador.

2. Una vez firmada, el mediador pondrá el acta final a disposición de las partes a través del medio electrónico por ellas elegido, asegurando la confirmación de la recepción por todas ellas.

<sup>62</sup> Artículos 30 y 36 del Real Decreto, de 13 de diciembre de 2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y artículos

---

1.2, 6.2 y 10.2 del Proyecto de Real Decreto por el que se regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos.

<sup>63</sup> Artículos 6, 16.1, a) y 24 de la LMACM.

## V. CONCLUSIONES.

Descrita la situación queda claro que la figura del mediador en la mediación electrónica ocupa o va a ocupar una situación controvertida. Y es que no se puede establecer al mediador como elemento esencial del procedimiento en la LMACM y luego quitarle dicho carácter eliminando la exigencia de que firme el acuerdo que alcancen las partes. Y si hablamos de la mediación electrónica la confusión es aún mayor. Primero, al desaparecer incluso físicamente y sustituirlo por un programa informático que hará las veces de él proponiendo soluciones a las partes, acción ésta que correspondería más a un negociador que a un mediador; y segundo, al recuperar la figura del mediador en el procedimiento de mediación electrónica, al exigir su firma en el acuerdo que alcancen las partes, cuando en la propia Ley de Mediación esto lo había eliminado.

La regulación de la mediación efectuada por la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, plantea, como hemos visto, la posibilidad de efectuar la misma por medios electrónicos. Esta posibilidad, que se desarrolla en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos, de 13 de noviembre de 2012, en su artículo 16, permite que se realice la misma mediante los llamados sistemas de puja ciega o de mediación automatizada –el Proyecto lo llama negociación automática-, sistemas en los que la figura del mediador -que es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, y ello porque es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes y por tanto esencial en nuestra regulación- se sustituiría por un programa informático que haría las veces de mediador, pero no mediando, sino ofreciendo alternativas de acuerdo a las partes en función de sus pretensiones y al programa informático elaborado para ello.

Alternativas basadas en algoritmos matemáticos que elaborarían esa propuesta de acuerdo que, de ser aceptada por las partes, pasaría a definitiva para, posteriormente, y si las partes así lo acordaran, elevarlo a escritura pública. En estos casos, de nuevo surge la pregunta: ¿hablaríamos de

mediación o de negociación asistida? Como vemos el propio legislador habla de negociación automática para referirse a ella lo que induce a más confusión. Y, además, en éstos sistemas desaparece la figura del mediador que, de acuerdo con la Ley de mediación y como hemos dicho, debe ser una persona física, con lo que nos cuestionamos si seguimos ante un procedimiento de mediación. Son éstas cuestiones que surgen como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías en estos procedimientos y que nosotros entendemos que daría lugar a una respuesta negativa. Y ello pese a que, como hemos visto, en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos se establezca ésta posibilidad de mediación automatizada para reclamaciones de cuantía que no excedan los 600€. Dicho procedimiento, tal y como queda reflejado en el Real Decreto 980/2013, es una negociación automática, modalidad de ODR, asistida o no por mediadores, y que se refleja en los supuestos contenidos en el art. 24.2 de la LMACM. Siendo éste artículo el que se ha desarrollado en el Real Decreto 980/2013 mientras se soslaya el art. 24.1 y sus amplias posibilidades de desarrollo. Posibilidades que eran sobre las que se estaba trabajando en el Proyecto de Real Decreto por el que se pretendía regular la mediación por medios electrónicos, donde se detallaba el procedimiento y los requisitos y que han quedado en la actualidad carentes de regulación específica al albor de una autorregulación, lo que puede provocar un aumento de la inseguridad jurídica<sup>64</sup>.

La mediación, que está englobada en el movimiento ADR, es un procedimiento de gestión y resolución de conflictos que, como hemos visto, tiene como objetivo crear un espacio de entendimiento donde las partes sean capaces de gestionar el conflicto surgido entre ellas con la ayuda de un tercero imparcial que dirigirá el procedimiento y les conducirá a que alcancen un acuerdo beneficioso y satisfactorio para las dos partes. Procedimiento que, con la irrupción e influencia de las nuevas tecnologías y la SI<sup>65</sup>, da un paso más surgiendo así los métodos ODR y la mediación on line o electrónica, con lo que el mencionado espacio de entendimiento podrá ser virtual, dando origen a

---

<sup>64</sup> VÁZQUEZ LÓPEZ, A.: "Realidad Virtual y resolución de conflictos en línea".

<http://mediacionesjusticia.com/biblioteca/mediacion-electronica/>

<sup>65</sup>SI es la sigla del acrónimo Sociedad de la Información.

nuevos procedimientos, regulaciones, situaciones y, consecuentemente, problemas que resolver.

Todo esto lo podemos observar con las recientes novedades legislativas, tanto a nivel nacional como europeo y que hacen que esta forma de resolución de conflictos vaya cobrando cada día más y mayor importancia. No obstante, las normas descritas no acaban de solucionar todos los problemas que se pueden suscitar a la hora de resolver los litigios y, sobre todo, cuando éstos se realizan de forma electrónica. De hecho, la regulación adolece, en nuestra opinión de deficiencias, ya comentadas, y que el legislador no sólo no soluciona sino que incluso complica, haciendo surgir así nuevos problemas que precisarán de nuevas regulaciones y modificaciones legislativas. Problemas derivados, desde nuestro punto de vista, de olvidar que la mediación no pretende únicamente la adopción de un acuerdo y que éste tenga efectos ejecutivos. También persigue una gestión razonable del conflicto que evite que las partes implicadas conviertan su controversia o disputa en un litigio que acabe llegando a la jurisdicción ordinaria, o que produzca una escalada hacia situaciones más agresivas. Así lo vemos en la Exposición de motivos de la Ley de Mediación donde dice claramente que: “(...) no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”.

Por lo que la mediación, en ocasiones, estabilizará el conflicto más que resolverlo o solucionarlo, permitiendo a las partes identificar y asumir mejor las diferencias que las separan, de forma que decidan, tal vez, no seguir con la contienda. Siendo, por tanto, esencial la figura del mediador en el procedimiento para la resolución del conflicto.

Y es que el modelo de mediación<sup>66</sup>, como hemos visto, se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes, en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el acuerdo que pone fin a la misma, que podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes así lo desean,

---

<sup>66</sup> CONFORTI, F.: “Mediación electrónica de Conflicto en España”; Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, n° 10, p. 285-309, 2014.

mediante su elevación a escritura pública, y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes.

Pese a lo expuesto, es obvio que estas formas alternativas de resolución de conflictos mediante el uso de las nuevas tecnologías, y en concreto, la mediación electrónica u *online*, suponen un avance y una forma de acercar la justicia al particular, y de aliviar, a la vez, a los órganos jurisdiccionales. Y que la misma haya sido adoptada, por parte de la Unión Europea, como un elemento significativo del espacio común de seguridad y justicia en Europa hacen de la mediación, y de la mediación *online* en particular, un mecanismo idóneo para facilitar la vida de los ciudadanos y de las empresas, al facilitar la resolución rápida y eficaz de los litigios, no sólo nacionales sino también transfronterizos. Ahora bien, ¿realmente serán la solución para evitar el atasco judicial en España?, ¿realmente acercará a los ciudadanos a la justicia? Se nos ha dicho que sí pero, esto puede fácilmente llevarnos a la frustración cuando, tras un tiempo de aplicación, veamos que lo prometido puede no haberse producido, que como mecanismo voluntario, las partes probablemente sólo acudirán si lo consideran conveniente y si lo llegan a conocer lo suficiente como para plantearse siquiera su utilización. El atasco mencionado, pues, no desaparecerá, o por lo menos, no en la medida esperada por el mero hecho de que exista ahora la mediación, sea on line o presencial.

Significa entonces que ¿la mediación no debería existir, y más tras los problemas que hemos visto expuestos, los posibles inconvenientes, y la regulación, a nuestro entender, deficitaria de la mediación on line? Muy al contrario. La mediación y la mediación *online* aún más, es un instrumento válido y útil para resolver civilizadamente conflictos, y será efectiva en la medida en que haya buenos mediadores, buenas normas reguladoras y, principalmente, en la medida en que se cree una cultura de búsqueda de acuerdos que a día de hoy no existe y que vemos difícil que se llegue a alcanzar. Sólo cuando veamos el litigio judicial o arbitral como el último medio al que acudir y no como el primero, entonces, empezarán a cambiar las cosas.



**THOMSON REUTERS**  
ARANZADI