

Trabajo recibido el 25 de septiembre de 2017 y aprobado el 10 de noviembre de 2017

Mediación electrónica: Perspectiva europea*

ELECTRONIC MEDIATION: EUROPEAN PERSPECTIVE

LORENZO BUJOSA VADELL**

DIEGO PALOMO VÉLEZ***

RESUMEN

Las formas complementarias o alternativas de resolución de conflictos presentan nuevas cuestiones cuando se les aplican medios electrónicos para facilitar su aplicación. En el estudio que sigue se hace una exposición de los pasos que se han dado tanto en la Unión Europea como en la regulación interna española para la implementación de la mediación electrónica, con un análisis sistemático de sus diversos aspectos subjetivos, objetivos, procedimentales y en general de las garantías necesarias, así como de las cuestiones relativas a la eficacia de estas vías de acceso a la justicia en sentido amplio. Al final se plantea la idea de regular la posibilidad de admitir mediaciones colectivas también por vía electrónica.

ABSTRACT

Complementary or alternative forms of conflict resolution present new issues when using electronic means to facilitate their application. In the following study, an exposition is made of the steps that have been taken both in the European Union and in the Spanish internal regulation for the implementation of electronic mediation, with a systematic analysis of its various subjective, objective, procedural aspects and in general of the necessary guarantees, as well as questions relating to the effectiveness of these access routes to justice in the broad sense.

PALABRAS CLAVE

Mediación, ODR, TIC

* Este trabajo forma parte del Proyecto financiado por el Programa de Investigación Asociativa (PIA), Anillo SOC núm. 1406: "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos como herramienta de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinario".

** Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, España, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, correo electrónico: lbujosa@usal.es.

*** Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Talca, Doctor en Derecho por la Universidad Comutense de Madrid, España, correo electrónico dpalomo@utalca.cl.

KEY WORDS
Mediation, ODR, TIC

1. Introducción sobre los ADR

A diferencia de lo que comúnmente pueda parecer, los sistemas de ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) o métodos de resolución alternativos¹ distan de ser una solución nueva. Es más, es muy probable que antes de la existencia de unos sistemas de justicia institucionalizados y organizados a través de los cuales el Estado ejerce una potestad derivada del núcleo de la soberanía, la forma de resolver las controversias siguiera unos cauces parecidos a la esencia de lo que hoy incluimos entre estas vías alternativas o complementarias: negociaciones más o menos amigables, intervención de terceros que ayudarán a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo y también la intervención de personas con *auctoritas*, aun en sociedades en que el poder no estuviera estructurado, que vertieran su opinión vinculante acerca de cuál de los contrincantes tenía la razón.

No hay duda, sin embargo, de que hoy en día hay un elevado componente de moda en el auge de las negociaciones, las conciliaciones o las mediaciones², lo que se aprecia con particular claridad en nuestros países. En la crisis de abundancia de abogados³ que, por ejemplo, ha invadido en los últimos decenios la sociedad española (también la chilena), se han defendido estos cauces como tabla de salvación ante la reñida competencia para sobrevivir y ganarse el pan, y debemos añadir que a ello han contribuido también las universidades. Obviamente, convalidar esta idea nos resulta peligroso, porque puede suponer caer en la trampa de desviar el problema de la administración de justicia. Dicho de otro modo, y adelantando una de las conclusiones de este estudio: la negociación, la conciliación y la mediación, ni siquiera el arbitraje, pueden servir de coartadas para evitar afrontar seriamente los problemas de la jurisdicción⁴.

¹ De manera justificada, algunos autores han propugnado sustituir el término “alternativo” por “complementario”. Así, F. MARTÍN DÍZ titula su premiada monografía de la siguiente manera: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010, que obtuvo el Premio “Rafael Martínez Emperador” de 2009, concedido por el Consejo General del Poder Judicial español.

² Sobre este punto, recomendamos leer: DE LA OLIVA (2016), pp. 417-424.

³ Paradójicamente, tampoco este es un fenómeno nuevo: no hay más que recordar la famosa obra del maestro CALAMANDREI (1921).

⁴ Véase sobre el particular nuestro trabajo con DELGADO (2016), pp. 86-134. Allí desarrollamos una serie de reflexiones que pueden resumirse en las siguientes ideas conclusivas: 1) Los ADR no pueden ser considerados un sustituto del deber del Estado de poner a disposición de los ciudadanos un

El proceso como instrumento público⁵, sometido a las exigencias de lo que la Constitución federal de los Estados Unidos de América llama *Due Process of Law*, y que podríamos traducir como “proceso justo” –más que con el anglicismo “proceso debido”– o, en términos constitucionales españoles, “proceso con todas las garantías”, es un logro de la civilización; sometido, también es verdad, a continuas amenazas y aminoraciones de garantías con el fin dudoso de aumentar su eficacia sin mayores miramientos.

Se trata de no dejar de perfeccionar el viejo proceso, y por tanto la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero apreciar que junto a él caben otros cauces de acceso a la justicia que pueden ser más

sistema judicial fortalecido debidamente dotado de recursos humanos y materiales y, desde luego, eficiente en la regulación de los cauces procedimentales; 2) Resulta conveniente materializar un complemento de la justicia pública chilena a través de los MASC, pero existe la necesidad de definir con mayor claridad cuáles son los propósitos del fomento de los MASC. La búsqueda de la descongestión de la carga de los tribunales no solo constituye una mala explicación, sino que genera consecuencias negativas en la concreta recepción de estos mecanismos. Lo anterior parece esencial a la hora de definir y zanjar adecuadamente la relación que debe existir entre la Justicia estatal y la que se conoce como Justicia privada. La mediación, por lo tanto y por ejemplo, debe ser valorada y fomentada como una opción complementaria, no sustitutiva del papel que le corresponde a la Justicia estatal; 3) Consideramos que el desarrollo de los MASC no puede ser levantado sobre la base de la obligatoriedad, lo que va a contracorriente de la propia esencia de estos. Pero sin duda ellos tienen capacidad para completar la respuesta del Estado por constituir una opción legítima y desde luego estimulable, ya que en muchas hipótesis y controversias otorga mayores beneficios a los sujetos del conflicto; 4) Se puede y debe avanzar de la alternatividad a la complementariedad, sobre la base de entender que este complemento se levanta sobre la constatación de que para determinadas controversias ellas son la vía más adecuada, por la economía, flexibilidad, confidencialidad o informalidad que ofrecen a sus protagonistas; 5) Es impostergable considerar en la reforma a los sistemas de Justicia un diseño único institucional que allane los canales de diálogo y retroalimentación entre el nivel público y privado. A estos efectos parece muy importante considerar la experiencia de los sistemas multipuertas, sistema que busca integrar en un mismo espacio a varios mecanismos o métodos de solución de conflictos y que, a su turno, contribuye a solucionar en parte la cuestión cultural que se opone al éxito de estos mecanismos; 6) Debe evitarse el peligro del reduccionismo de los MASC a una pura visión economicista ligada a la descongestión de los tribunales y el ahorro de recursos para el Estado. Partiendo, por cierto, por entender que estos mecanismos constituyen una pieza clave en los sistemas de justicia que se vienen instalando, encontrando un punto de equilibrio que no subestime los valores que están detrás del proceso judicial y la Justicia pública, pero que a su turno no desprecie el aporte, que lo tiene, y mucho, que pueden significar las fórmulas de cooperación que están presentes en los MASC.

⁵ Nos oponemos respetuosamente, aunque con firmeza, a hablar de la administración de la justicia (en minúsculas) como un servicio público, por lo que de administrativización de la jurisdicción conlleva, o intromisión del Poder Ejecutivo en un ámbito cuya razón de ser se basa en la independencia de los jueces y magistrados. Una cosa es ser un servicio público –sujeto a las normas de Derecho Administrativo y a los criterios de oportunidad del Ejecutivo– y otra ejercer un poder del Estado que responde al ejercicio de un derecho fundamental por parte de “todas las personas” (y aun más allá: “de todos los sujetos jurídicos”). Vendría a ser la diferencia entre un servicio público y estar al servicio del público, que no es ni mucho menos lo mismo.

adecuados para cierto tipo de conflictos, por su propia naturaleza y sus específicas características. Así, tal y como se ha hecho desde la propia Unión Europea, se amplía el concepto de tutela judicial efectiva –que no deja de tener su sustantividad esencial– hacia una idea más amplia de “acceso a la justicia” en la que se promueven también estas otras vías de resolución de controversias.

Si limitamos nuestro examen a estos otros cauces, nos encontramos con una amplia variedad de modalidades, que puede ser positiva, justamente por poder adaptarse cada una de ellas al problema que se pretende resolver. De ahí la extraordinaria ventaja de los llamados “tribunales multipuertas” (*Multidoor Court-Houses*), en los que al llegar una reclamación determinada es analizada de manera primaria, pero suficiente, para determinar la vía más adecuada para intentar su resolución⁶.

Desde la perspectiva conceptual, no obstante, existen confusiones y logomaquias, que nos parecen innecesarias si se trata de priorizar la pacificación social y la superación de la confrontación específica del caso⁷. En realidad, consideramos que diferenciaciones entre la conciliación y la mediación basadas en si se permite o no al tercero la aportación de sugerencias, o incluso de soluciones, a tomar en cuenta o no por las partes en conflicto, aportan poco a la realidad práctica: el sujeto que ayuda a la resolución del conflicto debe acercar las posiciones y estar atento a la oportunidad de sugerir, cuando lo vea prudente, posibilidades de acuerdo que lleven a la autocomposición. Que lo haga o no, no debe depender de etiquetas, sino de las circunstancias concretas y, en especial, de la disposición de las partes hacia un eventual acuerdo.

Más delicados pueden ser los intentos de acuerdos integrados en vías heterocompositivas: como la tentativa de conciliación que se prevé en la audiencia previa del juicio ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, o la mediación que deberán buscar los árbitros, en los casos propicios, en el sistema arbitral de consumo. El riesgo en estos casos, por supuesto, se centra en la contaminación del juez o árbitro que intenta el acuerdo de las partes, si en caso de no ser alcanzado debe decidir sobre la pretensión y su

⁶ BARONA (2016), pp. 31-56, para partir de la conocida construcción conceptual de Thomas Kuhn, para analizar los cambios que se han producido con la evolución en la justicia.

⁷ CEBOLA (2013), pp. 147 y ss.: “Resulta curioso advertir que la diferencia entre negociación y mediación es una cuestión fundamentalmente debatida en los sistemas anglosajones, mientras que la distinción entre conciliación y mediación es una preocupación europea (continental) pudiendo estar relacionada con razones históricas del surgimiento del propio movimiento de los ADR y, además, por la pertenencia a diferentes sistemas jurídicos como es el *Common Law* de los países anglosajones y a los sistemas germánicos y románicos europeos”.

resistencia en la sentencia definitiva. Es claro que cualquier mediador debe ser neutral, pero podría discutirse si alguien que ha intervenido favoreciendo de manera activa la composición puede luego mantener la imparcialidad, frialdad de ánimo para resolver de manera justa y adecuada, por vía heterocompositiva⁸. Por ello, entendemos que son más adecuados los sistemas que derivan el intento de acuerdo, desde el proceso, a instancias externas de resolución complementaria, suspendiendo mientras tanto la tramitación del procedimiento por un tiempo determinado.

2. La utilización de medios electrónicos para la resolución de controversias en Europa

Ante todas estas vías, en los últimos tiempos se ha añadido otra más, por la adecuación y la facilitación que permite la utilización de medios electrónicos en la resolución de controversias. La llamada desde instancias de la Unión Europea *E-Justice* tiene realmente un alcance amplio⁹, referido también al proceso jurisdiccional –valga la redundancia–. Es razonable aplicar de manera prudente al proceso las ventajas de la red de redes, y así se están produciendo importantes reformas en diversos países de manera amplia, entre los que cabe destacar Brasil, Finlandia, España o Chile¹⁰. El peligro en estos casos está en la obnubilación que con frecuencia producen las llamadas nuevas tecnologías aplicadas a la justicia: parece que van a ser la solución a todos los males¹¹.

⁸ Estos riesgos están presentes también, a propósito del entendimiento unidimensional de la eficiencia en los procesos reformados hacia la oralidad. Un ejemplo de ello se puede ver en la reforma procesal laboral chilena. Al respecto, puede verse a PALOMO (2014).

⁹ De manera general, véase BUENO (2010).

¹⁰ En España fue importante la *ley N° 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*; y no lo ha sido menos la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española por la *ley N° 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la ley N° 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, en la que se afirma que “los avances en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación constituyen un valioso instrumento para el desarrollo de las actuaciones de la Administración de Justicia, así como en su relación con los profesionales y ciudadanos”. A ello cabe añadir el *Real Decreto N° 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET*.

¹¹ Con su proverbial sentido crítico, DE LA OLIVA tituló la columna de su *blog Por Derecho. III época*, del domingo 30 de octubre de 2011: “Propaganda de una falsa panacea, arrinconamiento de los jueces y medio de control de la justicia por el Ejecutivo” y entre otras importantes consideraciones afirma: “El impulso de informatización de la Justicia no debe presentarse a la ciudadanía como una panacea que, milagrosamente, resolverá los más importantes problemas de la Justicia y logrará que los procesos judiciales sean tramitados y resueltos con más acierto y en mucho menos tiempo. Esta presentación puede deberse a una desmedida ambición política, pero he comprobado muchas veces que se apoya también en una extrema ignorancia sobre la informática, lo que, claro está,

Sin embargo, son indudables las ventajas de una informatización bien hecha, plenamente aplicable también a esas otras vías que nos interesan especialmente en este artículo. Y así, hace algunos años se empezó a hablar de “mediación electrónica” o de “resolución de disputas en línea (RDL)”, a sabiendas de la multiplicidad de posibilidades que ello conlleva¹², pues el ciberespacio es lábil y flexible, permite desde la aplicación de las conocidas videoconferencias a tres bandas, hasta la mera transmisión de la reclamación por escrito y, a su vez, de la misma forma obtener la contestación, pudiendo aplicar programas informáticos que también por escrito transmitan la solución ideal según los algoritmos que el programa contenga.

Más que un examen global de la problemática de la mediación por vía electrónica, que por otro lado, tiene ya sus interesantes textos representativos¹³, interesa en este texto examinar los pasos concretos que se han dado en el ámbito de la Unión Europea, y más específicamente en España, para regular esta vía de solución de conflictos a través de internet, partiendo, como no podría ser de otra manera, de los proyectos más generales sobre la construcción europea de una justicia en línea.

Así, el conocido como Programa de Estocolmo¹⁴ se inscribió en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en Europa, cuyas bases se asentaron en el Tratado de Amsterdam de 1997 y, en especial, en las conclusiones de la reunión extraordinaria de Tampere (Finlandia) de mitad de octubre de 1999. El mencionado programa fue uno más de los planes quinquenales para el desarrollo y profundización de ese espacio en el ámbito de la Unión Europea¹⁵. En este, en concreto, se alude en repetidas ocasiones a la utilización de medios electrónicos para ello. En el punto 3.2.5 el Consejo Europeo planteó a la Comisión “que deberían utilizarse en la mayor medida posible todos los medios modernos de comunicación electrónica, y que se debería proporcionar cuanto antes a las autoridades judiciales los medios necesarios para disponer de

facilita, no ya la propaganda más lamentable, sino también la promoción o aceptación de proyectos imprudentes y desenfocados desde su origen, como puede haber sido el de compatibilizar sistemas diversos o el de desdeñar las dificultades que entrañan las redes complejas. La experiencia muestra, además, que la introducción de la informática sin personal cualificado es desastrosa, lo mismo que los frecuentes cambios de personal auxiliar originados por su temporalidad e interinidad”.

¹² Véase ALZATE y VÁZQUEZ (2013).

¹³ Así, por ejemplo, HÖRNLE (2009); FERNÁNDEZ PÉREZ (2010); CORTÉS (2011); GRAMATIKOV (2012); RICHARD (2014); así como los ya citados ALZATE y VÁZQUEZ (2013) y BARONA (2016).

¹⁴ Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. DOUE C 115, de 4 de mayo de 2010.

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF> [visitado el 27.05.2017].

unas comunicaciones electrónicas seguras que permitan una correspondencia protegida. La Unión también debería insistir en el uso de la videoconferencia y en la ayuda al desarrollo de instrumentos de traducción para que sean lo más exactos posibles. Estos progresos deberían ir acompañados de la aplicación del Plan de acción relativo a la Justicia en red europea y formar parte de él”.

A finales de mayo de 2008 la Comisión presentó una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo con el significativo nombre: “Hacia una estrategia europea de e-Justicia (Justicia en línea)”¹⁶, donde se define la “E-Justicia” como “el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta”. Al margen de algunas críticas conceptuales que merece esta definición y el documento en sí¹⁷, es claro que este documento se basa en la idea de que el desarrollo de la justicia electrónica “es un elemento clave para la modernización de los sistemas judiciales y la Comisión siempre ha fomentado el recurso a las TIC en la cooperación judicial”.

En esta línea se inscribe el Plan de acción plurianual 2014-2018 relativo a la Justicia en red europea¹⁸, integrado en la Estrategia del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior¹⁹ y coherente con el marco general de la administración electrónica y el Marco de Interoperabilidad europeo, todo ello en función de los principios de acción voluntaria, la descentralización, la interoperabilidad²⁰ y la dimensión europea.

En este Plan se alude expresamente no solo al perfeccionamiento de la aplicación de las tecnologías de comunicación e información al proceso,

¹⁶ Bruselas, 30 de mayo de 2008, documento COM (2008) 329 final.

¹⁷ Por ejemplo, hablar por un lado de “acción judicial”, pero por otro de “toda actividad consistente en resolver un litigio”, lo cual no precisa necesariamente siempre de actividad judicial. O la muy criticable inclusión de la “e-Justicia” en el marco más general de la Administración en línea (*e-Government*), sin tener en cuenta que el concepto anglosajón de *Government* es mucho más amplio que el de Gobierno y Administración de nuestras Constituciones –sería sinónimo de poder público–, con lo cual con la errónea traducción se cuela de rondón una preocupante confusión de poderes.

¹⁸ DOUE C 182, de 14 de junio de 2014, pp. 2-13.

¹⁹ DOUE C 376, de 21 de diciembre de 2013, pp. 7-11.

²⁰ Se entiende la interoperabilidad como la capacidad de los sistemas de tecnologías de la información y la comunicación, y de los procesos empresariales en que estas se apoyan, para intercambiar datos y permitir compartir información y conocimientos. Debe apuntarse de inmediato que este loable propósito ha tenido dificultades en el propio ámbito interior español, por la concurrencia de sistemas informáticos incompatibles entre Comunidades Autónomas con competencias para ello y aquellas otras regidas en este aspecto por el Ministerio de Justicia nacional.

sino también a las demás vías complementarias. De este modo, el párrafo 24 establece que “deberá facilitarse la presentación de demandas judiciales y el inicio de procedimientos extrajudiciales, en particular en situaciones transfronterizas, mediante la disponibilidad de la comunicación por medios electrónicos entre los órganos jurisdiccionales y las partes en el proceso, así como entre los testigos, peritos y otros participantes”.

Conviene aludir a dos textos más que añaden datos importantes para conocer el estado de la cuestión. En marzo de 2014 la Comisión Europea presentó al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones una nueva Comunicación con el título “La agenda de justicia de la UE para 2020-Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión”²¹, en la que se parte de la constatación de los avances sustanciales para la consecución de un área de libertad, seguridad y justicia sin fronteras internas, aumentando la confianza mutua, siendo conscientes de la importancia de la justicia para el crecimiento económico, así como de la necesidad de simplificar la justicia para los ciudadanos y de proteger los derechos fundamentales al mismo tiempo. Las necesidades inmediatas se identifican con el fortalecimiento de la confianza mutua en la que se basa la política de la Unión en materia de justicia, con la gran movilidad de personas entre los países europeos²² y con la superación de los principales problemas económicos para consolidar la recuperación económica, el crecimiento y afrontar el problema grave del desempleo. A la hora de desmenuzar las acciones precisas para consolidar los progresos alcanzados, entre otros, se proclama la exigencia de asegurar la existencia de vías de protección efectivas: “Para facilitar aún más la resolución rápida de los litigios, los Estados miembros deben fomentar el uso de otro tipo de recursos extrajudiciales desarrollados en la UE que podrían ofrecer una solución rápida, eficaz y menos costosa a los conflictos. Entre estos instrumentos figuran, por ejemplo, la mediación, la resolución alternativa de litigios, la resolución de litigios en línea, SOLVIT, el proceso europeo de escasa cuantía y la recientemente acordada orden europea de retención de cuentas”.

²¹ Estrasburgo, 11 de marzo de 2014, documento COM (2014) 144 final.

²² En este sentido se afirma: “Incluso sin salir de casa, los consumidores compran bienes y servicios transfronterizos, en particular en línea. A pesar de los avances en el disfrute de sus derechos, los ciudadanos de la UE aún se enfrentan a algunos obstáculos. Siguen encontrando dificultades prácticas y jurídicas cuando intentan ejercer en otro Estado miembro los derechos que tienen reconocidos en su país. La UE tiene que remover con determinación estos obstáculos, a la vez que continúa luchando contra los abusos, especialmente en un momento en que el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE está siendo cuestionado en algunos casos”.

El otro documento que complementa a este que se acaba de glosar es otra Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones que lleva por título “Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad”²³. A pesar de lo utópico que resulta leer este título en unos momentos en que la amenaza terrorista y las tensiones intraeuropeas son protagonistas de primer nivel, sería un derroche inaceptable echar a perder todos los progresos que la Unión Europea ha conseguido en los últimos quince años en la construcción de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Que el concepto predominante hoy día sea el de la seguridad no debe ocultar la esencialidad de los otros dos que no pueden sino acompañarlo.

La seguridad también se manifiesta en el ámbito que más directamente nos interesa, pues precisamente una de las finalidades de esta comunicación es “aumentar los niveles de seguridad de los ciudadanos y de las empresas en el ciberespacio”. Así pues, “dado que nuestras sociedades dependen cada vez más de Internet, es necesario construir sistemas seguros y fiables para que las personas y las empresas puedan aprovechar plenamente el potencial de la red”. Entre otras preocupaciones, por ejemplo en torno a la ciberdelincuencia, se pone de manifiesto que “a nivel estratégico, la UE necesita una respuesta más coordinada. La primera estrategia de seguridad informática de la UE se ha adoptado con el objetivo de crear un entorno en línea más seguro a nivel mundial” y para ello se precisa que esta visión debe plasmarse en medidas concretas²⁴.

²³ Estrasburgo, 11 de marzo de 2014, documento COM (2014) 154 final.

²⁴ En este sentido, es importante mencionar el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (UE) N° 531/2012, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión [DOUE L 310, de 26 de noviembre de 2015, pp. 1-18], el cual tiene expresamente por objeto “establecer normas comunes destinadas a garantizar un trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y a salvaguardar los derechos de los usuarios finales”. Su finalidad no es solo proteger a los usuarios finales, sino garantizar simultáneamente el funcionamiento continuado del ecosistema de internet como motor de innovación. Es importante la aplicación del principio de neutralidad tecnológica, es decir, no se impone el uso de ningún tipo particular de tecnología ni se discrimina a su favor.

Por otro lado, la Decisión (UE) 2015/2240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la misma fecha –25 de noviembre de 2015–, establece un programa relativo a las soluciones de interoperabilidad y los marcos comunes para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (programa ISA) como medio de modernización del sector público. [DOUE L 318, de 4 de diciembre de 2015, pp. 1-16].

3. La mediación electrónica en Europa

A partir de una concepción amplia del acceso a la justicia, ya el Consejo Europeo extraordinario de Tampere de 1999 instó a los Estados miembros de la Unión Europea a la creación de procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios. En abril de 2002 se presentó un documento consultivo, llamado Libro Verde, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil en el que se examinaba la situación en los países de la Unión y se planteaban diversas cuestiones concretas para la elaboración de un texto articulado que sirviera para armonizar la legislación en esta materia en todo el Espacio judicial europeo.

Este es el contexto en que tuvo su origen 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 mercantiles²⁵. Esta norma, que vincula a los legisladores nacionales de los Estados miembros a regular a través de los medios que consideren oportunos la materia que contiene, presenta una importante limitación: es verdad que promueve la aplicación de la mediación para obtener una resolución económica y rápida de los conflictos en el área del Derecho privado –en ámbitos de libre disposición de los derechos–, pero se limita a los litigios transfronterizos, es decir, a aquellos que tengan un elemento correspondiente a otro Estado miembro distinto. No es de aplicación obligatoria a la regulación interna de la mediación en los Estados que forman parte del Espacio judicial europeo.

Esta es la base normativa de la vigencia en España de la ley N° 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que se entiende que “la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible”²⁶. Esta ley excluye, sin embargo, entre algunas otras mediaciones con mayor lógica (mediación

²⁵ DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008, pp. 3-8.

²⁶ Añade, a su vez, que “como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”. Nos parece completamente plausible entender que los tribunales deben intervenir solo en los casos en que sea estrictamente necesario; sin embargo, ya hemos expuesto mis reticencias hacia la idea de que uno de los fines de la mediación sea la reducción de la carga de trabajo de los tribunales, mientras que nos parece una obviedad innecesaria el último inciso del párrafo transcrito: si se llega a un acuerdo por otra vía, por supuesto que nadie tendrá interés alguno en llevar la reclamación ante la jurisdicción.

penal, mediación con las Administraciones públicas, mediación laboral), otra que no estaría tan claramente justificada: la mediación en materia de consumo. Es muy probable que la exclusión se deba únicamente a la importancia específica de la materia de consumo en el Derecho europeo y a la subsiguiente conclusión de que necesitaría una normativa específica, a la que nos referiremos más adelante.

En esta ley hay solo una pequeña referencia a la mediación electrónica, cuando se regulan las instituciones de mediación (art. 5.2): “Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias”. En realidad, la regulación más detallada ha sido introducida por el Real Decreto N° 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley N° 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues dedica el capítulo V a la instauración de un “procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos” que se destina “preferentemente” para reclamaciones de cantidad que “no excedan de 600 euros o de otro interés que 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 derecho”. Se trata de una tramitación simple con formularios o impresos electrónicos normalizados con una duración máxima de un mes.

Por lo que se refiere a litigios en materia de consumo, son dos las disposiciones europeas a las que tenemos que referirnos²⁷, ambas de la misma fecha: 21 de mayo de 2013. Por un lado, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (“Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo”)²⁸, por la que se constata la insatisfactoria aplicación de

²⁷ Debe tenerse en cuenta también la Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo [DOUE L 109, de 19 de abril de 2001, pp. 56-61], aplicable “a los órganos responsables de procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo”. Por tanto, a métodos que tienden a la autocomposición. Y no se aplicará a mecanismos internos de reclamación, gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, o aquellos en que una tercera parte los gestiona o aplica en nombre de una empresa. En concreto, se habla de imparcialidad, de transparencia, de eficacia y de equidad.

²⁸ DOUE L 165, de 18 de junio de 2013, pp. 63-79.

mecanismos de resolución alternativa de litigios en bastantes áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión porque estas forma de composición de conflictos no están desarrolladas “todavía de manera suficiente y coherente en toda la Unión”²⁹. Debe destacarse que, de nuevo, es una norma de aplicación indirecta, es decir, dirigida a los legisladores de los Estados miembros para que en un tiempo determinado regulen la materia del modo indicado en esta Directiva a través de los medios internos que cada cual elija.

En cambio, el segundo de los textos de 21 de mayo de 2013 tiene una aplicación directa en todo el ámbito de la Unión Europea: es el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Aquí tenemos, por tanto, una primera regulación específica para el ámbito de toda la Unión Europea en la que se plantea derechamente la aplicación de cauces electrónicos para resolver los litigios que tengan los consumidores residentes en la Unión Europea y los comerciantes establecidos en la Unión respecto a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea³⁰.

La materia de consumo es especialmente adecuada para el desarrollo inicial de estos mecanismos, tanto por la habitual cuantía limitada de estas

²⁹ Como se afirma en los considerandos introductorios (5): “... Los consumidores y los comerciantes siguen sin conocer las vías de recurso (*sic*) extrajudicial, ya que sólo un pequeño porcentaje de ciudadanos sabe cómo presentar una reclamación ante una entidad de resolución alternativa de litigios (‘entidad de resolución alternativa’). En los casos en que existen procedimientos de resolución alternativa de litigios (‘procedimientos de resolución alternativa’), sus niveles de calidad varían de forma considerable entre los Estados miembros, y con frecuencia las entidades de resolución alternativa no tramitan de forma eficaz los litigios transfronterizos”.

³⁰ Es esta última una disposición criticable, porque una vez articuladas las normas, entidades, trámites y plataforma, no vemos el inconveniente para que también pudiera servir este cauce para la resolución de controversias surgidas fuera del ámbito del comercio electrónico. Esta es precisamente la idea que subyace en la regulación del “arbitraje de consumo electrónico” en España, conforme al Real Decreto N° 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (arts. 51 a 56): “El arbitraje de consumo electrónico es aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud del arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende, sin perjuicio de la utilización por las Juntas Arbitrales de Consumo o los órganos arbitrales de medios electrónicos para facilitar las comunicaciones o para la realización de actuaciones arbitrales concretas” (art. 51.1). Una cosa es el origen del litigio y otra obviamente distinta es la vía para la resolución del conflicto. La primera no debería determinar necesariamente la segunda. Sin embargo, el texto del Reglamento es muy claro, especialmente en el considerando 15º: “El presente reglamento no debe aplicarse a los litigios entre consumidores y comerciantes que se deriven de contratos de compraventa o de prestación de servicios no celebrados en línea ni a los litigios entre comerciantes”.

reclamaciones, lo cual estimula la confianza en vías nuevas para la resolución del conflicto, como por su importancia para la fluidez del mercado interior europeo. Precisamente, la confianza en la dimensión digital del mercado interior es la razón principal para que el legislador europeo haya tratado de establecer formas “sencillas, eficientes, rápidas y asequibles” de resolución de conflictos³¹.

En las páginas que siguen examinaremos los pormenores de esta regulación, específica, sus posibilidades y algunas de sus ambigüedades. Es importante señalar, antes de ello, que si no se emprenden campañas amplias de información, tanto a los empresarios como a los consumidores, estos cauces estarán condenados a una subutilización permanente, a pesar de sus virtudes y de las inversiones que se están haciendo para su correcto funcionamiento.

3.1. Elementos subjetivos

Se parte de la constatación de que la existencia de procedimientos de resolución de litigios sencillos y asequibles es para impulsar la confianza en el mercado único digital. En primer lugar, por tanto, desde el punto de vista subjetivo, el Reglamento se refiere a los consumidores y a los comerciantes que serán las partes del litigio³². Las definiciones aplicables se encuentran en el artículo 4º de la Directiva 2013/11/UE: “consumidor” será toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o profesión; mientras que se entenderá por “comerciante” toda persona física, o toda persona jurídica, ya sea privada o pública, que

³¹ Es muy ilustrativo el considerando 6º del Reglamento mencionado: “El mercado interior es una realidad en la vida diaria de los consumidores cuando viajan, compran y pagan. Los consumidores son los protagonistas del mercado interior y, por lo tanto, deben estar en el centro de todas las consideraciones al respecto. La dimensión digital del mercado interior se está convirtiendo en algo esencial tanto para los consumidores como para los comerciantes. Cada vez son más los consumidores que compran en línea, y el número de comerciantes que venden en línea va en aumento. Es importante que los consumidores y los comerciantes puedan realizar transacciones en línea, por lo que resulta indispensable desmantelar los obstáculos existentes y potenciar la confianza de los consumidores. La disponibilidad de un sistema de resolución de litigios en línea fiable y eficiente podría contribuir en grado importante al logro de este objetivo”.

³² No vemos inconveniente en utilizar la palabra “parte” respecto a un litigio. Precisamente, la existencia de una controversia que pretende llevarse a un mecanismo de resolución implica que hay una dualidad de posiciones enfrentadas que tratará de ser resuelta en el caso que nos interesa a través de la autocomposición. No debemos caer en el error, no tan extraño para los procesalistas tradicionales, de pensar que el concepto de parte es exclusivo del proceso. Así, de manera adecuada el artículo 4º del Reglamento en sus apartados j) y k) define, respectivamente, “parte reclamante” como consumidor o comerciante que haya presentado una reclamación a través de la plataforma de resolución de litigios en línea, y “parte reclamada” como cualquier consumidor o comerciante contra quien se ha presentado una reclamación a través de la plataforma de resolución de litigios en línea.

actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o a su cargo, con fines relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión. Cabe subrayar que, a diferencia del sistema arbitral de consumo español, se trata de un cauce susceptible de ser iniciado tanto por los consumidores como por los comerciantes, siempre que la reclamación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de esta vía.

Pero, por definición, cuando hablamos de mediación interviene, además, un tercero o varios, que actuarán como mediadores³³. Es más, como ocurre en la actualidad con el arbitraje, lo normal es que actúe en la gestión y organización de la mediación una institución³⁴. El artículo 5º de la ley española de mediación las define como aquellas entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en esa designación. Se establece que podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

La Directiva 2013/11/UE se refiere en su artículo al acceso a entidades y procedimientos de resolución alternativa, debiendo garantizar los Estados el acceso sencillo a la información correspondiente y que permita a los consumidores presentar en línea una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios; que se facilite tal información en soporte duradero a las partes que la soliciten; que, cuando proceda, permitan presentar una reclamación fuera de la línea; hagan posible el intercambio de información entre las partes por vía electrónica, o si procede, por correo, acepten litigios tanto nacionales como transfronterizos y aseguren el tratamiento de datos personales conforme a la legislación vigente en la Unión Europea.

Cuando se trata de mediación electrónica todavía encontramos mayor complejidad, porque existirá lo que el Reglamento denomina el “mercado en línea”, es decir, un prestador de servicios de la sociedad de la información que permite a los consumidores y comerciantes celebrar contratos de compraventa y prestación de servicios en línea en el sitio de internet correspondiente.

³³ Véase el *Código de Conducta Europeo para Mediadores* en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm. [visitado el 28.05.2017].

El Título III de la Ley española de mediación establece el estatuto del mediador, pero recordemos que no es aplicable a los litigios de consumo a que se refiere el Reglamento, que por otra parte es de aplicación directa en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. Véase PAZ-PEÑUELAS (2015).

³⁴ Véase OROMÍ (2006), con una referencia específica a la necesidad de unas normas de calidad institucionales relativas a la independencia y la imparcialidad; a la transparencia; a la formación especializada y confidencialidad; así como al intercambio de experiencias.

Habrà una entidad de resolución alternativa, es decir, una entidad establecida de manera duradera, que ofrece la resolución alternativa de litigios y que está prevista en una lista (art. 20.2 Directiva 2013/11/UE) que elaborará cada autoridad competente, designada por cada Estado miembro, con una abundante información relativa al nombre, señas y direcciones del sitio web de las entidades de resolución de conflictos; sus tarifas, si procede; el idioma o idiomas en que se pueden presentar las reclamaciones y desarrollarse el procedimiento; los tipos de litigios que pueden plantearse; los sectores y categorías cubiertos por cada entidad; la exigencia de presencia física de las partes o de sus representantes, si procede, incluyendo si el procedimiento va a ser oral o escrito; el carácter vinculante o no del resultado del procedimiento y los motivos por los que puede negarse la tramitación de determinado litigio.

Caracteriza estos supuestos la existencia de un medio electrónico de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos en el que todas las operaciones de transmisión, envío y recepción se hagan por medios alámbricos, radiofónicos, ópticos u otros medios electromagnéticos. Pero en principio no hay mayor concreción. El Reglamento previó el establecimiento de una plataforma de resolución de litigios en línea de cuyo funcionamiento es responsable la Comisión Europea, incluidas las funciones de traducción necesarias, el mantenimiento, la financiación y la seguridad de los datos. Se exige la facilidad de la utilización por los ciudadanos, y en especial los usuarios vulnerables. Se contempla como “una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”. Se trata, en definitiva, de un sitio de internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea³⁵.

Las funciones de esta plataforma³⁶ son facilitar un formulario electrónico de reclamación; informar de la reclamación a la parte reclamada; determinar la entidad o entidades competentes y transmitir la reclamación a la entidad de resolución alternativa que las partes hayan acordado utilizar; ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita tramitar en línea el procedimiento; proporcionar a las partes y a la entidad la traducción de la información que sea necesaria y que se intercambie a través

³⁵ Véase <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.home.show> [visitado el 28.05.2017].

³⁶ El Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

de la plataforma; facilitar un formulario electrónico para que las entidades puedan tramitar el procedimiento; proporcionar un sistema de comentarios para que las partes puedan expresar su opinión sobre el funcionamiento de la plataforma y sobre la entidad que haya conocido del litigio y poner a disposición pública información general sobre resolución alternativa de litigios, sobre las entidades incluidas en la lista, un manual en línea sobre el modo de presentar las reclamaciones, información sobre los puntos de contacto y datos estadísticos del resultado de los procedimientos.

Justamente estos puntos de contacto de resolución de litigios en línea serán nombrados por cada Estado y su nombre y datos de contacto deben ser comunicados a la Comisión Europea. A elección de los Estados puede conferirse esta responsabilidad a los centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor, a las asociaciones de consumidores o a cualquier otro organismo. Los puntos de contacto son una muestra más de los abundantes órganos facilitadores de la cooperación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en Europa. Deberán facilitar la comunicación entre las partes y la entidad de resolución alternativa y presentar cada dos años un informe de actividad.

3.2. Elementos objetivos

Cuando hablamos de elementos objetivos de la mediación electrónica pretendemos hacer referencia a los tipos de reclamaciones que pueden ejercitarse por esta vía, es decir, al ámbito de aplicación de este método de resolución de conflictos. En ello hay que distinguir los dos cauces que ya hemos ido apuntando: lo previsto para los litigios de consumo en el Reglamento y lo establecido en el Real Decreto que desarrolla en el ámbito interno español el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para asuntos civiles y mercantiles, salvo los de consumo.

La previsión de la plataforma europea de resolución de litigios en línea, conforme al artículo 2º del Reglamento, se aplica a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión Europea y un comerciante establecido en la Unión. Caben también las reclamaciones de un comerciante frente a un consumidor en la medida en que la legislación del Estado miembro de residencia habitual del consumidor admita que tales litigios se resuelvan a través de la intervención de una entidad de resolución alternativa³⁷.

³⁷ En opinión de RICHARD (2014): "Esta posibilidad no será tan habitual, sencillamente porque los vendedores están provistos de mecanismos de abono de las mercancías que aseguran el pago del producto antes de que éste llegue a manos del comprador. De modo que los problemas que puedan

Por lo que se refiere a la regulación española del resto de asuntos disponibles se aplica a reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad, salvo que el empleo de estos medios electrónicos no sea posible para alguna de las partes o cuando estas inicien un procedimiento distinto al simplificado electrónico y siempre que las diferencias entre las partes no se refieran únicamente a argumentaciones meramente jurídicas³⁸.

3.3. Procedimiento

Es fundamental en estos procedimientos la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y los sistemas informáticos utilizados, así como la intimidad y el secreto de las comunicaciones. La confidencialidad, como característica específica de la mediación, tiene sus propias modulaciones cuando se trata de mediación electrónica. Un paso importante en la certeza del procedimiento está en la necesidad de asegurar la identidad de los usuarios del servicio electrónico³⁹.

Para la efectividad del sistema de mediación electrónica es importante la implementación de un adecuado sistema de información a los eventuales reclamantes. No tendría sentido armar un complejo sistema de alcance europeo de mediación electrónica si luego las potenciales partes no conocen la existencia y/o el funcionamiento de este procedimiento, sus implicaciones, sus responsabilidades, sus efectos y sus costes.

Si suponemos que lo que se acaba de decir se aplica adecuadamente, lo cual es mucho suponer, el procedimiento se iniciará con la presentación de la reclamación a través de un formulario electrónico, que debe ser de fácil

existir en esa dirección (reclamaciones comprador-vendedor) se suscitarán, en su caso, en el ámbito del sistema de medios de pago, que suele ser el de tarjeta de crédito. Es decir que, con carácter general, el vendedor se asegura el pago de la mercancía mediante el sistema de pago que es el que deberá afrontar los problemas de fraude u otras circunstancias relativas al pago”.

³⁸ La expresión literal es técnicamente muy discutible: “y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación en derecho”.

³⁹ En España la regulación aplicable se remite a la ley N° 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, por tanto, la acreditación de la entidad debe hacerse mediante un sistema de firma electrónica que garantice la identificación de los firmantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos, en todas las actuaciones que el procedimiento requiera. Como mínimo, la identidad de las partes debe acreditarse en la presentación de la solicitud de inicio y en la contestación, en el momento de la aportación de la documentación, en el establecimiento de comunicaciones, en la firma de las actas y del acuerdo de mediación.

utilización y fácilmente accesible⁴⁰. Con él debe suministrarse suficiente información para determinar la entidad de resolución alternativa que pueda resolver el conflicto. Debe ser posible adjuntar documentos de apoyo de la reclamación.

Si el formulario está cumplimentado de manera correcta, la reclamación se tramitará. Si no fuera así, se dará lugar a la subsanación de lo que falte. En caso de estar todas las secciones cumplimentadas, la plataforma de resolución de litigios en línea transmite la reclamación de forma fácilmente comprensible⁴¹ y sin demora a la parte reclamada. En esa transmisión deberá informarse de toda una serie de datos importantes:

a) La información de que las partes deben ponerse de acuerdo sobre una entidad de resolución a la que habrá que remitirse la reclamación, y que en caso de no llegar a ese acuerdo no se podrá continuar la tramitación.

b) La información sobre la entidad o entidades que sean competentes para la resolución del litigio.

c) Si el reclamado es un comerciante, se le requerirá para que en diez días diga si se compromete o está obligado a recurrir a una entidad concreta, o en caso contrario, si está dispuesto a que resuelva alguna de las entidades competentes.

d) Si el reclamado es un consumidor y el comerciante está obligado a recurrir a una entidad concreta, se le requerirá para que acepte la participación de dicha entidad, o en caso de que no esté obligado, un requerimiento para que la seleccione de entre las competentes.

e) El nombre y los datos del punto de contacto del Estado miembro en que esté establecida o resida habitualmente la parte reclamada.

Cuando la parte reclamada recibe la información, la plataforma comunicará a la parte reclamante de modo comprensible y sin demora también la información correlativa, de modo que pueda quedar clara la voluntariedad de acceso a esta vía de resolución de conflictos.

Es importante que la información sobre la entidad de resolución alternativa incluya una serie de datos que se consideran determinantes para la aceptación de la mediación: la denominación, datos de contacto y dirección del sitio de internet de la entidad; las tarifas vigentes; el idioma o idiomas en que podrá tramitarse el procedimiento; la duración media del procedimiento; el carácter

⁴⁰ Es rotundo el Reglamento en el artículo 8.5 cuando establece que “mediante el formulario electrónico de reclamación y sus documentos adjuntos se procesarán únicamente datos que sean exactos, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se reciben”.

⁴¹ Téngase en cuenta que al tratarse de litigios transfronterizos lo más probable será que la lengua del reclamado sea distinta.

vinculante o no del resultado del procedimiento; los motivos por los que la entidad podría negarse a conocer de un litigio determinado.

La plataforma de resolución de conflictos en línea, conforme al Reglamento europeo, transmitirá la reclamación automáticamente y sin demora a la entidad a la que las partes hayan elegido⁴². También la entidad tendrá libertad para aceptar o no la tramitación de litigio. En caso de aceptar, deberá informar a las partes sobre sus propias normas de procedimiento y sobre las costas. Aunque entendemos que esta información tiene que haber sido previa, pues de ella puede depender que alguna de las partes esté o no conforme con acudir a tal entidad para que las encamine a la resolución del litigio.

El procedimiento es menos breve de lo que debiera, pues aun si en treinta días desde la presentación del formulario de reclamación no se ha llegado a un acuerdo sobre una entidad o si la entidad elegida no acepta la tramitación, se informará a la parte reclamante para ponerse en contacto con un asesor de resolución de litigios y obtener información sobre otras vías para conseguir su satisfacción.

En caso de que la entidad de resolución alternativa acepte la tramitación de la reclamación deberá concluir el procedimiento en noventa días naturales desde la fecha en que haya recibido el expediente completo (art. 8.e Directiva 2013/11/UE), aunque si lo considera oportuno podrá ampliar el plazo, informando a las partes.

En un principio el Reglamento establece que no se requerirá la comparecencia de las partes o de sus representantes. De lo contrario, perderíamos muchas de las ventajas de la mediación electrónica. Pero recordemos que una de las características de los procedimientos de los medios alternativos de resolución de controversias es la flexibilidad, por lo tanto, las normas concretas pueden contemplar esa posibilidad y las partes aceptarla si lo estiman necesario.

La entidad deberá transmitir a la plataforma sin demora información sobre la fecha de recepción del expediente, el objeto del litigio, la fecha de conclusión del procedimiento, así como el resultado obtenido. Pero no está

⁴² Entendemos que no es correcta la literalidad del artículo 9.6 del Reglamento, cuando dice: “a la entidad de resolución alternativa a la que las partes hayan acordado someter el litigio...”. Cuando se trata de métodos autocompositivos de resolución de la controversia no se somete el litigio a nadie, quienes van a resolver son las partes mismas del conflicto, la entidad solamente tiene la función de encauzar a las partes para que encuentren ellas mismas la clave del acuerdo.

obligada a tramitar el procedimiento a través de la plataforma de resolución de litigios en línea⁴³.

En realidad, como ya vimos, el medio electrónico utilizado puede ser de diversos tipos (a través de “medios alámbricos, radiofónicos, ópticos u otros medios electromagnéticos”). En teoría, el medio debería adaptarse al tipo de conflicto. Pero parece un mero intercambio de formularios de manera prácticamente automatizada, no es en realidad mediación. ¿Lo sería si el mediador solo se comunica a través de medios escritos? Parece que sí, aunque seguramente su intervención sería bastante limitada⁴⁴. Podría haber la aplicación de medios de confrontación visual, tanto sincrónicos como asincrónicos, aunque tal vez no sea el objetivo concreto del Reglamento europeo⁴⁵.

3.4. Efectos

Por supuesto, acudir a cualquier vía o modalidad autocompositiva no asegura la consecución del acuerdo, tampoco cuando intervienen terceros, ni siquiera si han utilizado vías electrónicas que puedan superar distancias, resquemores, enfados, actitudes negativas. La verdad es que habiendo llegado a ciertos acuerdos iniciales, por ejemplo respecto a la tentativa de llegar a una solución por estos medios, parece que pueda haber ya una cierta predisposición a llegar al acuerdo. La utilización de medios electrónicos no debería suponer una barrera en la importante función que puede cumplir el mediador de concienciación de las partes, de una en una o de ambas conjuntamente, de acercamiento y de pacificación en general.

Una cuestión importante en la mediación, pero no exclusiva de la mediación electrónica, se refiere al valor y efectos del acuerdo obtenido,

⁴³ La tramitación que se ha esquematizado es la genérica que contempla el Reglamento para la resolución de conflictos en línea. Por cuanto se refiere a la regulación del procedimiento simplificado español se contienen de un modo bastante simple en los artículos 31 al 38 del ya citado Real Decreto N° 980/2013. Destaca, de cara a la consecución del acuerdo, la previsión de una eventual sesión informativa y la claridad con que se refiere a la necesidad de una adecuada comunicación entre las partes y el mediador, sea separada o conjuntamente, posibilitando el diálogo y el acercamiento de posturas, y además, la posibilidad de que las partes en cualquier momento decidan la conversión del procedimiento a cualquier otro de mediación.

⁴⁴ ANDREWS (2016), p. 99: “... los dispositivos electrónicos no son completos sustitutos para las técnicas tradicionales: en determinados casos, una mediación cara a cara puede generar oportunidades especiales para negociar y puede ofrecer soluciones permanentes, incluyendo la reconciliación entre las partes; esta clase de encuentros directos conllevan una confrontación física, bajo la protección o supervisión del mediador”.

⁴⁵ Seguramente dependerá de la naturaleza y características del litigio de que se trate. Es necesario sopesar las ventajas e inconvenientes por cada tipo de conflictos para determinar el medio electrónico adecuado. Véase al respecto, CORTÉS (2011), pp. 151-152.

en su caso, mediante esta vía de resolución de conflictos. No hay, por tanto, especialidad alguna ni en el Reglamento europeo ni en la regulación española del procedimiento simplificado de mediación. En la Directiva 2008/52/CE sí se contiene una previsión amplia al respecto en el artículo 6º al afirmar que los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación⁴⁶.

La apariencia inicial de que se está creando por esta vía un título ejecutivo no solo queda difuminada por la continuación del mismo apartado primero del artículo 6º, que en definitiva deja la opción a cada Estado miembro, sino que esta impresión queda plenamente corroborada cuando vemos en el apartado segundo que “El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud”.

En concreto, es clara la ley española Nº 5/2012, de 6 de julio, cuando se refiere en su artículo 25 a la “Formalización del título ejecutivo”: “1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador”. Esta solución ha sido muy discutida, sobre todo por los mayores partidarios y promotores de la mediación. Me parecería, sin embargo, excesivo que un acuerdo obtenido por un procedimiento meramente autocompositivo, por mucho que haya intervenido un tercero, pueda equipararse en su valor a una sentencia firme. Todo ello no obsta para apreciar el beneficioso efecto objetivo que produce el procedimiento mismo, conforme nos enseña la conocida como “Procedural Justice”⁴⁷.

Con respecto a los efectos del laudo se plantea todavía otra cuestión de interés práctico. Puede ocurrir que del procedimiento de mediación no haya resultado acuerdo alguno y que una de las partes del conflicto decida iniciar un proceso con el mismo objeto. El problema puede estar en que durante la mediación ya se han expuesto cuestiones que resultan arriesgadas en un

⁴⁶ Se añade que “El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”.

⁴⁷ Como explica KLAMING (2012), p. 143: “The quality of a dispute resolution procedure can be measured by asking the users of a path to justice to report their experiences”.

medio de mayor confrontación como es la jurisdicción, de ahí que es importante que opere la confidencialidad y que puedan, por tanto, utilizarse solo fuentes de prueba externas a la mediación misma⁴⁸. Lo contrario llevaría a una desconfianza letal para los participantes en la mediación.

3.5. Protección de datos

Una de las cuestiones específicas que conlleva la mediación electrónica, tal como lo hemos expuesto, es la acumulación de datos personales que pueden afectar a la privacidad, por ello el propio Reglamento europeo dedica tres artículos a esta materia.

En el artículo 11 prevé que la Comisión tomará las medidas necesarias para crear y mantener una base de datos electrónica en la que se almacenará la información tratada respecto a la plataforma de resolución de litigios en línea y a los aspectos esenciales de la tramitación del litigio.

Por otro lado, el siguiente artículo se dedica más extensamente al tratamiento específico de los datos personales. En este sentido, se dispone que se concederá acceso a la información relacionada con un litigio y almacenada en la base de datos únicamente a la entidad de resolución alternativa a la que se haya remitido el litigio y para los fines concretos de la transmisión y tramitación de las reclamaciones. También se concederá acceso a esa misma información, en la medida en que sea necesario, a los puntos de contacto.

Con el fin del seguimiento del uso y funcionamiento de la plataforma y para redactar los preceptivos informes, la Comisión Europea tendrá acceso a los datos sobre la resolución del litigio en el ámbito de la entidad de resolución alternativa (art. 10 del Reglamento). Los datos personales de los usuarios de la plataforma únicamente serán tratados en la medida necesaria para la utilización y el mantenimiento de dicha plataforma.

El almacenamiento de los datos personales únicamente tendrá lugar durante el tiempo necesario para alcanzar los fines para los que fueron recogidos y

⁴⁸ Así, el artículo 7º de la Directiva 2008/52/CE dispone: “1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

para garantizar que los interesados puedan ejercer sus derechos respecto a esos mismos datos. Tras seis meses como máximo desde la fecha en que concluya el procedimiento⁴⁹, deberán ser borrados automáticamente dichos datos.

Todo asesor de resolución de conflictos en línea será considerado responsable respecto de sus propias actividades de tratamiento de datos y garantizará que dichas actividades respeten la normativa nacional. Por su parte, toda entidad de resolución alternativa será considerada responsable respecto a sus propias actividades de tratamiento de datos.

También los puntos de contacto estarán sometidos a las normas de secreto profesional y de confidencialidad que disponga cada Estado miembro. La Comisión está obligada a adoptar las medidas de carácter técnico y organizativo para garantizar la seguridad de la información tratada.

3.6. Costes

Otra cuestión que no es nimia en la aplicación de los medios complementarios de resolución de conflictos es la de quién asume su coste⁵⁰. Toda la infraestructura de medios personales y materiales necesarios para el funcionamiento de este cauce de resolución de controversias conlleva unos gastos importantes. Este es un inconveniente de relevancia que se suele obviar cuando se habla de la mediación en general. Téngase en cuenta, sin embargo, la disposición adicional tercera del Real Decreto N° 980/2013, texto que, como se ha repetido, es el que regula el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. Esa disposición establece de manera terminante que “las medidas incluidas en este real decreto no supondrán incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”.

Respecto a las mediaciones electrónicas en materia de consumo el Reglamento europeo, ya en su cuarto considerando, destaca que “la desigualdad en la disponibilidad, calidad y conocimiento de medios sencillos, eficientes, rápidos y asequibles para solucionar litigios derivados de la compraventa de mercancías o de la prestación de servicios en toda la Unión constituye una barrera dentro del mercado interior que socava la confianza de los consumidores y los comerciantes en las compraventas transfronterizas”. Por tanto, los costes influyen directamente en la fluidez del mercado

⁴⁹ De manera notoriamente errónea se afirma “en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que concluya el litigio...”, pues el litigio puede continuar después de que haya concluido el procedimiento simplemente por no haberse llegado a ningún acuerdo.

⁵⁰ Véase GRAMATIKOV (2012).

interior. De ahí que el propio Reglamento propugne la gratuidad respecto a la utilización de la plataforma⁵¹.

3.7. Mediaciones colectivas

Cuando se trata de litigios masivos, el proceso en diversos ordenamientos jurídicos ha tenido que adaptarse a nuevas técnicas representativas, por las que algunos sujetos afectados acuden a obtener la protección de sus derechos e intereses de sí mismos, pero también de aquellos otros que se encuentran en su misma situación jurídica. De ahí la regulación propuesta, por ejemplo, por el Código Modelo de Procesos Colectivos, aprobado en Caracas en 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

La cuestión es si también este tipo de conflictos son susceptibles de ser tramitados por vías complementarias o alternativas. La respuesta no puede más que ser afirmativa, habida cuenta de que nuestra propia regulación del Sistema Arbitral de Consumo prevé el arbitraje colectivo en el que unos entes representativos son quienes actúan en interés de todo el grupo de afectados. Parece que nada impediría tampoco la utilización de vías autocompositivas como la mediación electrónica para resolver estos conflictos, sabiendo siempre que la clave se encuentra en que quien actúa es un adecuado representante de todo el colectivo.

De hecho, la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013⁵², sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión⁵³, prevé en su apartado 26 que “Los Estados miembros deberían garantizar que los mecanismos judiciales de recurso colectivo incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio, puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos...”. Por supuesto también a las electrónicas.

4. Cierre

Al momento de ir cerrando estas reflexiones queremos retomar tres ideas centrales.

⁵¹ Considerando 18: “... La plataforma debe ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las entidades de resolución alternativa tramitar el procedimiento de resolución del litigio con las partes a través de la plataforma de resolución de litigios en línea”.

⁵² DOUE L 201, de 26 de julio de 2013, pp. 60-65.

⁵³ Véase COROMMINAS (2014).

La primera la adelantábamos en las primeras líneas de este trabajo. La negociación, la conciliación y la mediación, ni siquiera el arbitraje, pueden servir de coartadas para evitar afrontar seriamente los problemas de la jurisdicción estatal. Los ADR no pueden ser considerados un sustituto del deber del Estado de poner a disposición de los ciudadanos un sistema judicial fortalecido y debidamente dotado de recursos humanos y materiales y, desde luego, eficiente en la regulación de los cauces procedimentales que deben estar a la altura de los desafíos que impone un esquema de enjuiciamiento moderno. Son y deben seguir siendo considerados como vías complementarias al deber del Estado en materia de poner a disposición de los justiciables un adecuado mecanismo de solución de controversias.

La segunda dice relación con la oportunidad que significa para determinada clase de controversias la vía mediación, donde la noción de acceso a la justicia se ha visto ampliada en Europa, como hemos apuntado. Si lo conectamos con lo antes anotado, y sin caer en la propaganda que no le ha hecho bien a la legitimación de estas vías, se trata fundamentalmente de no dejar de perfeccionar el proceso judicial, y en consecuencia, apuntar a la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero no perder de vista que junto a él caben otros cauces complementarios de acceso a la justicia que pueden ser más adecuados para cierto tipo de conflictos, por su propia naturaleza y sus específicas características, destacadamente los montos involucrados. Así, tal y como se ha hecho desde la propia UE, se ha ampliado el concepto de tutela judicial efectiva hacia una idea más amplia de “acceso a la justicia” en la que se promueven también estas otras vías de solución de las disputas, por ejemplo la mediación en materia de controversias de consumo, constituyendo una vía conveniente, asequible, flexible y rápida.

La tercera, que ha servido de excusa a estas líneas sobre la mediación electrónica en Europa, es el papel que pueden y deben cumplir los medios electrónicos en la resolución de las controversias. Nuevamente, sin caer en el discurso pirotécnico y excesivamente entusiasta o promotor, cabe reconocer que los medios electrónicos deben saber cumplir un rol relevante en la resolución de controversias en el siglo XXI, que coincide, digámoslo también, con un momento histórico de modernización de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALZATE SÁENZ DE HEREDIA, Ramón, y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (2013): *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica* (Madrid, Editorial Reus).

- ANDREWS, Neil (2016): "Capítulo III. Mediación en la era electrónica", en: BARONA VILAR, Silvia (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (Cizur Menor, Ed. Civitas S.A.).
- BARONA VILAR, Silvia (2016): "'Justicia integral' y 'Access to Justice'. Crisis y evolución del 'paradigma'", en: BARONA VILAR, Silvia (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (Cizur Menor, Ed. Civitas S.A.).
- BUENO DE MATA, Federico (2010): "E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia", en: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (núm.1). Disponible en: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA1102.pdf>. [visitado el 28.05.2017].
- CALAMANDREI, Piero (1921): *Troppi avvocati* (Firenze, La Voce).
- COROMMINAS BACH, Sergi (2014): "Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)", en: *Revista General de Derecho Europeo* (núm. 34). Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415162&d=1. [visitado el 28.05.2017].
- CORTÉS, Pablo (2011): *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union* (Oxon, Routledge).
- DE LA OLIVA, Andrés (2016): "Los ADR o el redescubrimiento del agua caliente", en: *Ius et Praxis* (núm. 2, año 22), pp. 417-424.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria (2010): "Resolución extrajudicial de conflictos *on line*: Una nueva posibilidad para la defensa del consumidor", en: *Práctica de Tribunales* (núm. 68, febrero), pp. 5-22.
- GRAMATIKOV, M. A. (2012): *Costs and Quality of Online Dispute Resolution. A Handbook for Measuring the Costs and Quality of ODR* (Antwerpen, Maklu Uitgevers).
- HÖRNLE, Julia (2009): *Cross-border Internet Dispute Resolution* (Cambridge, Cambridge University Press).
- KLAMING, L. (2012): "Quality of ODR procedures", en: *Costs and Quality of Online Dispute Resolution. A Handbook for Measuring the Costs and Quality of ODR* (Antwerpen, Maklu Uitgevers).
- MARQUES CEBOLA, Cátia (2013): *La mediación* (Madrid, Ed. Marcial Pons).
- OROMÍ i VALL-LLOVERA, Susana (2015): "Institucionalización de la resolución alternativa de litigios de consumo en la Unión Europea", en: *Revista General de Derecho Europeo* (núm. 36). Disponible en: <http://www.iustel.com>.

com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416100&d=1 [visitado el 28.05.2017].

- PALOMO, Diego (2014): “Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas”, en: *Ius et Praxis* (vol. 20, núm. 1), pp. 377-396.
- PALOMO, Diego; DELGADO, Jordi (2016): “Justicia civil pública y privada: términos para un adecuado entendimiento. Una mirada desde Chile y sus procesos de reforma”, en: *Civil Procedure Review* (vol. 7, núm. 2), pp. 86-134.
- PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, María Pilar (2015): “El mediador civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español: una propuesta de *lege ferenda*”, en: *Diario La Ley* (núm. 8621, 8 de octubre de 2015).
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (2014): “Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (*on-line dispute resolution*)”, en: *Diario La Ley* (núm. 8360, 23 de julio de 2014).
- VILALTA NICUESA, Aura (2013): *Mediación y arbitraje electrónicos* (Cizur Menor, Aranzadi).