

LA MEDIACIÓN ONLINE: ALGUNOS ASPECTOS DE SU TRATAMIENTO Y REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Alumna: M^a Pilar Paz-Peñuelas Benedé

Directora: M^a Rosa Gutiérrez Sanz

Asignatura: Trabajo de Fin de Máster

Estudios: Máster de Especialización

e Investigación en Derecho

Fecha: 14 de septiembre de 2012

Índice

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE LAS ADR FRENTE AL PROCESO	7
1. Conceptos básicos	7
1.1. Conflicto	7
1.2. ADR (<i>Alternative Dispute Resolution</i>)	8
1.2.1. Concepto	8
1.2.2. Origen	9
1.2.3. Objetivos	9
1.2.4. Tipos de ADR	11
1.2.4.1. Métodos autocompositivos	11
a) Negociación	11
b) Mediación	12
c) Conciliación	16
1.2.4.2. Métodos heterocompositivos: el arbitraje	18
2. Desarrollo legislativo europeo	19
CAPÍTULO II. JUSTIFICACIÓN DEL DESARROLLO DE LOS ODR	25
1. Nociones básicas sobre los ODR	25
2. Ventajas e inconvenientes de los ODR frente a las ADR	27
3. Desarrollo legislativo europeo	29
3.1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva RAL en materia de consumo)	32
3.1.1. Lagunas geográficas y sectoriales de las entidades de RAL	33
3.1.2. Escasa sensibilización de consumidores y comerciantes	33
3.1.3. Falta de calidad de los servicios prestados por las entidades de RAL	34
3.2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo)	36
CAPÍTULO III. MEDIACIÓN: PROBLEMAS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	39
1. Desarrollo de la mediación en España: las C.C.A.A.	39
2. Desarrollo de la mediación en España: el legislador estatal	45
2.1. Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 8 de abril de 2011	45
2.2. Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles	51
2.3. Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles	54
CAPÍTULO IV. MEDIACIÓN ONLINE	59
1. ¿Qué es la mediación online?	59
1.1. Concepto	59

1.2. Ámbito de aplicación	60
1.3. Objeto	63
CAPÍTULO V. PROBLEMAS TÉCNICOS Y SUS SOLUCIONES	67
1. Garantías de los principios del proceso de mediación a través de un procedimiento electrónico	67
1.1. Voluntariedad y libre disposición	67
1.2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores	68
1.3. Neutralidad	68
1.4. Confidencialidad	68
1.5. Las partes en la mediación	69
2. Problemas técnicos y sus soluciones	69
2.1. Definición básica	70
2.2. Funcional	70
2.2.1. Funcional del mediador	70
2.2.1.1. Pantalla de conversación	70
2.2.1.2. Pantalla de gestión de datos	71
2.2.2. Funcional de la parte	71
2.3. Descripción de las pantallas	71
2.3.1. Flujo del moderador (mediador)	72
2.3.2. Flujo de las partes	77
2.4. Los concretos problemas técnicos y sus soluciones	80
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	83
VISTO BUENO DE LA DIRECTORA	89

Introducción

El pasado mes de julio se publicó en el BOE la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La ley de mediación surge de la oportunidad o de la necesidad de búsqueda por parte del legislador de una forma de resolución de conflictos con el objeto de aliviar a los Juzgados y Tribunales, pero creo que debemos en este punto alejarnos un poco de la materialidad propia de la ley para bucear en la propia institución de la mediación en el sentido de que ésta, tal vez, haya sido objeto de una cierta distorsión por parte del legislador en aras de hacer de la misma algo más pragmático de lo que en principio sería la auténtica mediación.

El conflicto es parte natural en la vida de las personas, por lo que no debe preocuparnos su existencia. Lo preocupante no es la existencia del conflicto, sino la falta de vías adecuadas para resolverlo. Una vida sin conflictos sería tan indeseable como una vida llena de conflictos.

El legislador está preocupado sin duda por el ingente número de litigios que se plantean, y considera que es posible que muchos de ellos pudieran evitarse en sus primeras etapas o incluso que nunca debieron plantearse ante los órganos jurisdiccionales.

A lo que cualquier reforma judicial y normativa debe tender no es a rebajar el número de pleitos. Que haya pleitos no es mejor ni peor que el que no los haya. A veces la inexistencia de conflictos no supone paz ni supone ausencia de enfrentamientos, sino que supone miedo o la imposibilidad de plantear la queja. Lo que se debe intentar garantizar es que el ciudadano pueda disponer del mecanismo que mejor se adapte al conflicto que en cada caso tenga a fin de tutelar efectivamente ese derecho que previamente el legislador le ha reconocido.

En España comienzan a adquirir relevancia y desarrollo los medios de resolución de conflictos hace relativamente poco y en realidad no es más que el reflejo de una corriente que aparece en Estados Unidos en la década de los 70. Se inicia con el movimiento denominado ADR (*Alternative Dispute Resolution*), Resolución Alternativa de Litigios, debido al aumento en cantidad y en complejidad de los procesos judiciales, que produjo una invasión de litigios en los Tribunales Norteamericanos que evidenció la ineficacia del sistema legal para resolver los problemas.

A principios de los ochenta empieza a hablarse de mediación y de las posibilidades de su introducción práctica en España. Las ventajas que podían deducirse de aplicar a la gestión de los conflictos un método basado en el diálogo, la cooperación entre las partes y la facilitación de un tercero imparcial, motivaron un acercamiento hacia esta figura desde distintos sectores profesionales, en especial de aquellos vinculados al ámbito judicial (abogados, psicólogos, algunos jueces, trabajadores y educadores sociales...).

La introducción del divorcio por la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, abrió la posibilidad de su aplicación práctica en las crisis familiares vinculadas a una ruptura matrimonial.

Estos factores, unidos al conocimiento de notables experiencias llegadas de otros países, generaron un interés creciente tanto desde el ámbito académico como profesional. A las reflexiones y trabajos iniciales, siguieron, a finales de la década de los ochenta, las primeras experiencias en el ámbito judicial y básicamente en temas familiares, aunque sin olvidar los incipientes programas de mediación y reparación aplicados en delitos y faltas protagonizados por menores.

El objetivo deseable consistiría en que la mediación y otros métodos de gestión pacífica de conflictos, progresivamente dejasen de ser prácticas residuales o «alternativas» a los sistemas contenciosos basados en la confrontación de intereses, para convertirse en sistemas habituales que supusieran una primera opción basada en la aplicación del sentido común, la capacidad de razonar y el diálogo fomentado por un tercero y que «alternativamente» o como segunda posibilidad y de forma subsidiaria, se acudiese a los sistemas «tradicionales» basados en la contraposición de posiciones, cuando la aplicación de la mediación u otros sistemas de intervención pacífica no fuese posible o no hubiese podido propiciar el resultado de consenso. Pero tenemos que pensar que las formulas extrajudiciales no sirven en todos los casos. No son la panacea. Deben ser una alternativa

y como tal, aplicable cuando deba ser aplicada, en aquellos casos en que resulte más ventajoso que el proceso judicial.

Los diferentes modelos de mediación ofrecen un referente teórico, establecen un proceso metodológico y el uso de unas técnicas propias según los objetivos que se pretende alcanzar. Los distintos modelos están marcados por una forma de entender la mediación y lo que con ella se quiere obtener, y por eso se realiza un análisis del conflicto desde una óptica diversa.

Por último, nos introduciremos de lleno en la mediación online, telemática o por medios electrónicos. Veremos qué es, sus características, puntos fuertes y débiles, cómo podría funcionar y algunos problemas que puede conllevar su aplicación ya que, recordemos, depende de las nuevas tecnologías.

APUNTE METODOLOGICO

La bibliografía actualmente existente sobre las ADR es muy numerosa. Para la elaboración del presente trabajo, acudimos a los principales autores que encabezan las grandes escuelas de mediación. Cuestión mucho más compleja ha sido el estudio en concreto de los ODR, ya que sobre los mismos existe una escasez de obras que han hecho que nuestro trabajo esté basado de forma fundamental en la normativa europea.

Una fuente fundamental ha sido el examen pormenorizado de la legislación existente sobre la materia, primero a nivel europeo, segundo a nivel estatal y, tercero, a nivel autonómico, utilizando como apoyo y complemento dictámenes, jurisprudencia y estudios sobre el impacto de la legislación. Asimismo se ha utilizado el derecho comparado como contrapunto a nuestro ordenamiento jurídico. Sobre esta base, hemos ampliado la información disponible a través de artículos de expertos, principalmente en ODR, y estadísticas varias.

Recabados todos estos datos, el trabajo subsiguiente ha consistido realizar un trabajo analítico y crítico de las ideas y conceptos hallados y así intentar estructurar conceptos básicos que ayuden a la fijación de un marco general y su comprensión, extrayendo aquellas conclusiones que nos han parecido más destacables.

Al tratarse de un primer trabajo de investigación hemos intentado ser prudentes a la hora de aportar ideas propias, ya que consideramos que tal labor requiere una madurez en la tarea investigadora que intentaremos ir adquiriendo.

El trabajo final se ha completado con la realización de un simulacro de creación de un marco virtual en que pudiera desarrollarse una mediación online. Quiero advertir que este simulacro se ha realizado únicamente con fines didácticos para acompañar y enriquecer el presente trabajo y que no va a continuarse con su elaboración, ni a comercializarse, ni a realizar acción alguna que pudiera atentar contra las patentes que ya existen sobre productos de similares funciones.

Capítulo I. Justificación de la necesidad de las ADR frente al proceso

Las ADR son mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos y se están desarrollando en la actualidad. De hecho, si bien es cierto que llevan décadas funcionando en E.E.U.U., en Europa su aparición ha sido más tardía y se encuentra hoy en plena eclosión y expansión.

No se trata de soluciones nuevas ni mucho menos, sino que la novedad consiste en que se plantean hoy como una forma legal, en el sentido de que están siendo objeto de regulación por parte del legislador, de obtener un remedio a los problemas fuera de los tribunales.

Pero, ¿qué ofrecen las ADR frente al proceso judicial? Para contestar a esta pregunta, vamos a ver primero unos cuantos conceptos básicos para poder entender de manera general qué son estos mecanismos y qué utilidad pueden tener y, en segundo lugar, veremos la importancia que la Unión Europea (en adelante UE) ha otorgado a dichos mecanismos a través de su legislación. Así, tendremos un planteamiento general que nos permitirá concluir si las ADR son o no necesarias en el contexto social de principios del siglo XXI.

1. Conceptos básicos

Para poder comprender las ADR deberíamos empezar por definir el conflicto, que es la razón de ser de estos sistemas con independencia de la forma específica en que cada una de ellas vaya a resolverlo.

1.1. Conflicto

El conflicto se produce cuando los objetivos pretendidos por personas o grupos resultan (o son percibidos como) incompatibles (total o parcialmente) con los objetivos que a su vez pretenden otras personas o grupos¹. De esta idea puede extraerse que el conflicto es una situación de antagonismo entre los intereses de dos o más personas o grupos, o simplemente una situación en que esas personas “creen” que sus intereses y los de las otras personas son opuestos. En efecto, basta con que dos personas perciban o tengan la sensación de que su interés se ve amenazado o corre riesgo para que surja el conflicto. Es decir, un mero malentendido puede ser causa de un conflicto.

Otra definición de conflicto es aquella que lo conceptúa como un “proceso cognitivo-emocional en el que dos individuos perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo de resolver sus diferencias de poder”². Como podemos ver, vuelve a aparecer la percepción de incompatibilidad. La novedad en esta ocasión es que se enmarca esa percepción en una relación de interdependencia, es decir, que el resultado esperado por cada sujeto dependerá tanto de sí mismo como de las expectativas del otro. Es lo que se denomina “interdependencia estratégica” y consiste en que nuestro mejor resultado no depende únicamente de nuestras decisiones o elecciones sino que depende también de las que adopte otra persona o grupo que también persigue un objetivo propio y que a su vez depende de nosotros para obtenerlo³.

Además de esta primera nota, también menciona la definición del deseo de resolver las diferencias de poder. En mi opinión, no es ésta una característica definitoria del conflicto. El deseo de resolver las diferencias de poder denota una actitud activa hacia la resolución del conflicto pero

¹ FONT, A., “Conflicto y negociación” en VINYAMATA, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación de conflictos*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 80

² INFANTE, E., “Sobre la definición del conflicto interpersonal: aplicación del *cluster analysis* al estudio semántico”, *Revista de Psicología Social*, vol. 13, nº 3, 1998, p. 491. Explica que en su estudio sobre la definición de conflicto usó una muestra de setenta y ocho definiciones de conflicto diádico o interpersonal hallados en documentos de las disciplinas de Psicología, Derecho, Filosofía, Pedagogía y Sociología, descartando las definiciones de conflicto individual, internacional, económico o laboral.

³ FONT, A., “Conflicto y negociación” ..., op. cit., p. 83-84

no es un elemento definitorio de su naturaleza. ya que este conflicto existe con independencia de la conducta que la persona tome hacia él. Me explico: un conflicto puede permanecer latente y no hacerse manifiesto nunca y, sin embargo, eso no significa que no exista. Si permanece latente, la otra persona no puede desear resolver las diferencias de poder porque, de hecho, ni siquiera sabe que existe dicho conflicto. En resumen, hay un conflicto entre dos personas pero una de ellas no sabe que existe. Por tanto, no puede desear resolverlo. Apoyando esta tesis, MOORE⁴ sostenía en cuanto a las formas de gestión del conflicto que la primera de ellas es precisamente la evitación del mismo. Evitación que puede suceder tanto si el conflicto es manifiesto (los implicados fingen que no existe o no ha ocurrido) como si es latente (la persona que percibe el conflicto no lo manifiesta a la otra persona, por lo que ésta no sabe de su existencia y no siente que tenga nada que resolver).

Visto lo anterior, me parece de gran importancia la idea de que el conflicto surge por la percepción de incompatibilidad entre los intereses de las personas. Resulta pues, relativamente sencilla la creación de un conflicto y habrá de resolverse. ¿Y cómo se resuelve?

Sin duda hay muchas formas de resolver conflictos pero nos vamos a centrar en aquellos susceptibles de tutela judicial. Dejando de lado los tribunales, los ciudadanos no tienen otra herramienta para gestionar sus problemas y acceder a la justicia. Si quieren una solución, se ven obligados a pasar por el despacho de un abogado y desde ahí, someterse a un procedimiento que normalmente se dilata bastante en el tiempo, con costes elevados y para llegar a una sentencia que, o bien puede darles toda la razón, o bien puede dársela al oponente. Es lo que muchos autores han denominado sistemas win-lose, contrapuestos a las ADR, que son sistemas win-win (con la excepción del arbitraje) en los cuales es posible que todas las partes salgan ganando. Así las cosas, vamos a ver qué son estas ADR.

1.2. ADR (*Alternative Dispute Resolution*)

1.2.1. Concepto

Las siglas ADR significan *Alternative Dispute Resolution*, es decir, resolución alternativa de conflictos. Pueden definirse como “aquellos cauces no judiciales o judiciales, pero con connotaciones que no asumen los criterios y principios generales del poder judicial, para la solución de las controversias jurídicas” y que “se asientan fundamentalmente en dos notas: la autonomía de la voluntad y la economía”⁵.

Esta idea puede crear algo de confusión por dos motivos. El primero de ellos es que menciona los criterios y principios generales del poder judicial, de manera que da la sensación de que se refiere al conjunto de juzgados y tribunales existentes en un país. No obstante, creo que sería un término más adecuado el de jurisdicción porque es cierto que las ADR no responden a principios como territorialidad o publicidad. El segundo motivo de confusión es que siempre se predica la extrajudicialidad respecto de las ADR. Pues bien, el hecho de que se definan como cauces no judiciales o judiciales sólo implica la posibilidad de que los propios jueces y tribunales aconsejen o prescriban, en su caso, el sometimiento previo a la vía judicial a un método alternativo de resolución de controversias.

Prosigue la definición hablando de connotaciones que no asumen los criterios y principios del Poder Judicial, cuestión que también puede resultar algo espinosa. En mi opinión las ADR no

⁴ MOORE, C., *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Granica, 1995, p. 30. El autor contempla diez figuras de gestión de los conflictos que, linealmente, van aumentando su coactividad y la probabilidad de obtener un resultado gana-pierde: primero y como decisión privada de las partes están la evitación del conflicto, la discusión informal y resolución del problema, la negociación y la mediación. En segundo lugar y siendo decisión de un tercero de carácter privado están la decisión administrativa y el arbitraje. En tercer lugar y como decisión de un tercero autorizado legal de carácter público están la decisión judicial (resoluciones judiciales) y la decisión legislativa (ley). Finalmente, existe una decisión extra legal mediante la coerción que puede consistir en una acción directa no violenta o en violencia.

⁵ URBAN, T., *A Framework of understanding and Using ADR*. Citado por BARONA, S., *Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 36

excluyen dichos criterios y principios, puesto que la eficacia de estos mecanismos se basa en gran medida en las garantías que puedan ofrecer a los ciudadanos que van a utilizarlas. Si no se tiene garantía alguna, es lógico que se produzca un resultado de evitación de estos métodos en favor del recurso al proceso judicial que sí ofrece toda una serie de certezas. Las ADR sí son distintas al Poder Judicial en el sentido de que se basan en la autonomía de la voluntad. Sólo se acudiría a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos cuando las partes así lo deseen e incluso, una vez iniciado, tienen total libertad para abandonarlo. No ocurre así con el proceso judicial en el cual, una parte solicita la tutela de su derecho e inmediatamente el juez citará a la otra parte que estará obligada a comparecer, lo quiera o no.

Finalmente y en cuanto a las notas fundamentales de autonomía de la voluntad y economía, la primera es sin duda el factor clave. Como ya hemos visto, las partes son libres para decidir si desean acudir a uno de estos métodos y, una vez iniciado, para abandonarlo. Pero esta libertad no sólo abarca estos dos extremos, sino que incluye la decisión de las partes sobre llegar a un acuerdo o no y sobre su contenido en caso afirmativo, siempre con el límite de que no sea contrario a derecho. Es decir, son las partes las que disponen del método como mejor conviene a sus intereses. Respecto a la economía, no considero que sea un pilar fundamental de las ADR pero sí es una característica importante de las mismas. En todo caso, resultan mucho más baratas que un procedimiento judicial.

1.2.2. Origen

La aparición de las ADR se produjo hace aproximadamente cuarenta años en los países anglosajones como consecuencia del “movimiento de libre acceso a la justicia” que pretendía que todos tuvieran la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que fuese, en virtud del cual se pudiera conseguir efectivamente una solución a la controversia. No obstante, aún debemos remontarnos a los años treinta del siglo XX para ubicar el germen del movimiento en la Universidad de Harvard. Hubo entonces una corriente denominada *Critical Legal Studies* caracterizada por la vuelta al realismo jurídico y que supuso fundamentalmente una respuesta negativa frente a todo tipo de normativismo⁶.

Otra forma de verlo es que las ADR fueron durante los años sesenta la respuesta inconformista ante el tratamiento tradicional de los conflictos en distintos ámbitos de la sociedad norteamericana. Su origen tuvo lugar en un contexto revolucionario en el que, ante la ineficiencia (litigios lentos y costosos) e ineficacia (ganadores y perdedores) del sistema judicial para resolver los conflictos, la clase media norteamericana promovió el diseño de procesos alternativos por medio de los cuales se pudieran gestionar sus conflictos de manera más eficiente y eficaz. En España se denominan GAC, es decir, Gestión Alternativa de Conflictos⁷.

1.2.3. Objetivos

Las ADR en el ámbito judicial tienen cuatro objetivos principales⁸:

▲ **Descongestionar los tribunales:** este ha sido el gran motivo por el que España ha legislado en materia de ADR, quedando a parte las Directivas europeas que la obligan a ello. A lo largo de toda la tramitación parlamentaria, se puede observar cómo en numerosas ocasiones se hace mención a ello y no sólo eso, sino que la regulación de las ADR se ha encuadrado en la crisis del sistema judicial como una medida, precisamente, para descongestionar los tribunales. Incluso es llamativo que todos los partidos políticos

⁶ BARONA, S., *Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 47 ss

⁷ FARRÉ, S., “La gestión alternativa de conflictos (GAC) y el conflicto estructural y cultural en las empresas y organizaciones: la experiencia de los Estados Unidos” en VINYAMATA, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación de conflictos*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 36

⁸ GOLDBERG, S., GREEN, E., SANDER, F., *Dispute Resolution*. Citado por BURTON, J., *Conflict: resolution and prevention*. Virginia, Macmillan, 1990, p. 87

han estado de acuerdo en este término. Así pues, mi sensación es que no se está valorando todo el potencial que tienen estos sistemas sino que, a la vista de la crisis del sistema judicial español, que se ha visto inundado de asuntos, y teniendo en cuenta que la situación económica actual no permite la oferta pública de empleo o lo hace de forma muy restringida, se ha encontrado una solución sencilla y rápida en las ADR.

- ✦ **Fomentar la participación ciudadana en el proceso de gestión de conflictos:** con las ADR se está dotando a los ciudadanos de unos mecanismos que les permiten solucionar sus propios problemas y ello es capaz de generar una autoconfianza en las personas. Ya no dependen del juez sino que pueden afrontar sus conflictos y darles una solución por ellos gestionada.
- ✦ **Facilitar el acceso a la justicia:** cabe plantearse si la mediación ha de ser catalogada como una forma de administrar justicia. A este respecto, GARCÍA-ROSTÁN⁹ explica que “la mediación no persigue la resolución justa del litigio, sino, en todo caso, la solución más conveniente para ambas partes en atención a las circunstancias concurrentes (circunstancias entre las que actualmente se encuentra la extrema lentitud de la jurisdicción civil), por lo que, en modo alguno puede reputarse un método de administración de justicia ni, por ende, facilita o mejora el acceso a ésta”. Continúa: “los métodos de resolución extrajudicial de conflictos se potencian porque pueden contribuir a que la jurisdicción se descongestione, no porque sean mejores que la actividad de la justicia en sí misma”. En cuanto a la primera de sus afirmaciones, cabría plantearse qué se entiende por justicia para ver si realmente las ADR son capaces de facilitar el acceso a la misma. La justicia consiste en dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece. Desde este punto de vista, no se me ocurre una forma mejor de poder acceder a la justicia que las ADR ya que, tal y como hemos tenido ocasión de examinar, proporcionan métodos de solución de controversias win-win contrapuestos a los win-lose. ¿En qué se traduce esto? Pues resulta que las ADR permiten obtener una solución en la que cada parte se lleva lo que le pertenece, aunque por supuesto quepa la posibilidad de que tengan que renunciar a una parte de ello o a objetivos secundarios. Por lo tanto, estamos hablando de obtener justicia. Sin embargo, cuando las partes acuden a un juez para solucionar su litigio, éste dará la razón normalmente a una sola de ellas, es decir, que habrá un ganador y un perdedor. Sin duda las personas debemos someternos a la Ley, que es al fin y al cabo lo que aplican los jueces pero, ¿de verdad se llega a una solución justa? Creo que en muchos casos no es así o por lo menos, la percepción de quienes se han visto en aquella tesitura y han salido como perdedores no es de haberse hecho justicia, pudiendo incluso llegar a sentirse como “víctimas del sistema”, cosa que no pasa con las ADR. En mi línea de opinión, aunque tal vez por otros motivos, se expresan las Directivas Europeas y leyes en la materia. Respecto a la segunda afirmación, estoy de acuerdo en parte. Ya he expresado mi desacuerdo ante la actitud política de valorar las ADR en cuanto solución al problema de congestión de los tribunales y no por lo que realmente pueden llegar a lograr. No obstante, sí creo que en los casos adecuados pueden ser iguales o mejores (en el sentido de que atienden a las circunstancias de las personas) que el sistema judicial para resolver conflictos.
- ✦ **Proporcionar una gestión más eficaz de los conflictos:** supongo que esto se refiere a los ya mencionados resultados de ganar-ganar. No obstante, tampoco pueden pasar desapercibidos los hechos de que las ADR presentan la posibilidad de entrar al detalle de las motivaciones, son más rápidos que un proceso judicial, suelen ser más baratos, aunque no siempre, no requieren de representación y se adaptan a las necesidades de las partes, entre otras cosas, lo cual las convierte en una herramienta eficaz de gestión.

⁹ GARCÍA-ROSTÁN, G., “Mediación on line” en SENÉS, C. (Coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*. Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 400 ss

1.2.4. Tipos de ADR

Una vez sentada su base, conviene diferenciar dos grandes grupos dentro de las ADR en atención a la existencia de un tercero y su actuación respecto del conflicto. Estos grupos son:

- ⤴ **Métodos autocompositivos:** las partes resuelven el conflicto y el tercero, si lo hay, no tiene capacidad de decisión sino influencia limitada. Las más importantes son la mediación y la negociación. También existe la conciliación, de gran tradición en España.
- ⤴ **Métodos heterocompositivos:** un tercero toma una decisión sobre cómo resolver el conflicto. Ocurre así en el arbitraje. También en el proceso judicial pero no es un ADR.

Pasamos a ver estas figuras con un poco más de concreción. Empezamos con los métodos autocompositivos.

1.2.4.1. Métodos autocompositivos

a) Negociación

Lo primero que quiero destacar de la negociación es que no interviene ningún tercero.

Esta ADR consiste en que las partes, u otras personas en representación de éstas llamadas negociadores, tratan de establecer un acuerdo de colaboración o de disolución. Los ámbitos propicios para este método son el comercial, el social y el político, en concreto, cuando surgen dificultades técnicas en el establecimiento de acuerdos de cooperación o relación y siempre y cuando la intensidad de los conflictos sea de baja a moderada y no compleja¹⁰. Como este concepto no resulta demasiado esclarecedor vamos a ver otras formas de definir la negociación. Sin embargo, antes voy a hacer una precisión para evitar posibles confusiones.

He querido hacer mención a esta definición porque señala que pueden acudir representantes de las partes cuando anteriormente he indicado que no intervenían terceros. Pues bien, a efectos de la consideración de una ADR como método autocompositivo, el tercero en caso de que exista, se refiere a la persona que de forma independiente y neutral ayuda a las partes en la gestión de su conflicto, es decir, que no representa a nadie. Por ello resulta distinto de la posibilidad de que cada parte designe a un negociador que sí le representa. Este negociador actúa en nombre e interés de la persona que es parte en el conflicto.

Otra forma de definir la negociación es aquella que señala que los sujetos, sin intervención de un tercero, tratan de alcanzar una solución al asunto suscitado, asumiendo que, en todo caso, va a existir una cesión que implique una renuncia a algo¹¹. Existen dos escuelas principales que son:

- ⤴ **Negociación competitiva:** asume la negociación desde la concepción del ir ganando terreno al contrario, es decir, que se pretende que el adversario ceda.
- ⤴ **Negociación en colaboración:** entiende la negociación en sentido de cesión, de manera que ambas partes ganan en todo caso.

Para comprender mejor estas dos escuelas, me parece muy didáctico introducir una breve explicación sobre la negociación y la interdependencia estratégica. La negociación es un proceso interactivo que se despliega en las situaciones de interdependencia estratégica que incluyen a la vez conflicto de intereses y posibilidades de cooperación, con la finalidad de obtener, mediante una decisión conjunta denominada acuerdo, un resultado que las partes valoren más que sus respectivas alternativas unilaterales¹². Para que surta efecto el acuerdo al que se pueda llegar ha de producir mayor valor neto para ambos negociadores.

Aquí es donde entra la interdependencia estratégica que hemos visto muy someramente con anterioridad. Decíamos que ésta existe en las situaciones en que nuestro mejor resultado no depende

¹⁰ VINYAMATA, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación de conflictos*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 13

¹¹ BARONA, S., *Solución extrajudicial...*, op. cit., p. 70-71

¹² FONT, A., "Conflicto y negociación"... , op. cit., p. 83

únicamente de nuestras decisiones o elecciones, sino que depende también de las que adopte otra persona o grupo que también persigue un objetivo propio y que a su vez depende de nosotros para obtenerlo. Así pues, la interdependencia estratégica se convierte en condición necesaria para la negociación. Abarca tres tipos de situación o juegos¹³:

- ♣ **Puro conflicto:** situaciones en las que las preferencias de cada jugador respecto al resultado del juego son perfecta e inversamente correlativas, es decir, lo que uno gana el otro lo pierde necesariamente. Encaja con la negociación competitiva.
- ♣ **Pura cooperación o coordinación:** situaciones en las que las preferencias de cada jugador son perfecta y positivamente correlativas, es decir, ambos ganan o pierden simultáneamente en la misma proporción o magnitud.
- ♣ **Mezcla de conflicto y cooperación:** situaciones en las que las preferencias de cada jugador son imperfectamente correlativas, es decir, ambos tienen un incentivo a cooperar para adoptar una decisión conjunta sin la cual los dos pierden, pero tienen a la vez un incentivo a competir para que esta decisión conjunta sea más favorable a sus propios intereses. Es en esta tercera opción en la que la negociación de colaboración encuentra su perfecto caldo de cultivo. Las partes tienen un incentivo para negociar porque tienen algo que ganar a pesar de que pueden perder otras cosas por el camino. El acuerdo supone el punto de equilibrio que ellas consideran adecuado.

Por último, otra definición de negociación es aquella que dice que “debe entenderse como un proceso de interacción comunicativa en que dos o más partes intentan resolver un conflicto de intereses, utilizando el diálogo y la discusión, descartando la violencia como método de actuación y avanzando hacia un acercamiento gradual mediante concesiones mutuas”¹⁴.

Este último concepto es según mi parecer el más sencillo pero no creo que esté lo suficientemente desarrollado. Sin duda ofrece unas notas que no habíamos visto hasta ahora pero que, si nos paramos a pensar, son del todo lógicas o ya habíamos podido intuir: habla del diálogo, la ausencia de violencia y las concesiones mutuas.

Finalmente, el concepto de negociación que considero más completo es el visto en segundo lugar junto con la exposición sobre la interdependencia estratégica, ya que en mi opinión, la conjunción de estas ideas es la clave de este método de resolución de conflictos.

b) Mediación

En el mundo existen tres grandes escuelas de mediación:

- ♣ **Escuela de la transformación:** abanderada por BARUCH y FOLGER¹⁵
- ♣ **Escuela de Harvard:** abanderada por FOLBERG y TAYLOR¹⁶
- ♣ **Escuela circular-narrativa:** abanderada por COBB

BARUCH y FOLGER son conscientes de que en el movimiento de mediación, en general se interpreta mediación como un proceso informal en que un tercero neutral, sin poder para imponer una resolución, ayuda a las partes en disputa a alcanzar un arreglo mutuamente aceptable. No obstante, ellos mantienen la teoría de que más allá de esto, la mediación contiene un potencial específico de transformación de las personas al ayudarlas a lidiar con las circunstancias difíciles y a salvar las diferencias humanas en medio del mismo conflicto. Esta posibilidad se origina en la capacidad de la mediación para generar:

- ♣ **Revalorización:** significa la devolución a los individuos de cierto sentido de su propio valor, de su fuerza y su propia capacidad para afrontar los problemas de la vida.

¹³ SCHELLING, TH., *The Strategy of Conflict*. Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 84-118.

¹⁴ MORLEY, I., STEPHENSON, G., *The social psychology of bargaining*. Citado por SERRANO, G., RODRÍGUEZ, D., *Negociación en las organizaciones*. Madrid, Eudema, 1993, p. 9

¹⁵ BARUCH, R., FOLGER, J., *La promesa de mediación*. Buenos Aires, Granica, 1996, p. 21

¹⁶ FOLBERG, J.; TAYLOR, A., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México, Limusa, 1992, p. 27-28

- ✦ **Reconocimiento:** significa que se evoca en los individuos la aceptación y la empatía con respecto a la situación y los problemas de otros.

Esta primera parte referente al movimiento de mediación constituye una definición básica de lo que hoy en día la mayoría de la doctrina considera mediación. Efectivamente, se trata de un proceso informal en oposición al formalismo que rige el procedimiento judicial. En él interviene un tercero llamado mediador cuya actuación se caracteriza por la neutralidad respecto de las partes y porque no tiene poder alguno para decidir sobre la solución del conflicto, cuya misión es ayudar a las partes. Hasta aquí estoy de acuerdo. Podría haberse nombrado la necesaria imparcialidad del mediador respecto de las decisiones que los participantes tomen y que va siempre ligada a la ya mencionada neutralidad. No obstante, la cuestión problemática es que la ayuda del mediador vaya dirigida a alcanzar un acuerdo aceptable para las partes. Sin duda es loable y coincido en que es la concepción más extendida de la mediación. Sin embargo, esta afirmación pone de relieve que el éxito de este método se logra cuando las partes pactan. Es el acuerdo el que determina el éxito o fracaso de la mediación. Pues bien, tal vez deberíamos plantearnos otro parámetro distinto, por ejemplo el considerar que dicho éxito se obtiene cuando las partes salen del proceso de mediación habiendo experimentado la revalorización y el reconocimiento, es decir, lo que se ha denominado como el potencial específico de transformación de las personas. Es lo que realmente vale de la mediación. La teoría consiste en que a través de la mediación, de la revalorización y el reconocimiento, las personas cambian. Se transforman en personas mejores porque ganan una autoconfianza que les permite resolver sus problemas actuales y futuros por sí mismos y, además, se sienten comprendidos lo cual, a su vez, les lleva a comprender a quien tienen enfrente, generándose empatía entre ambos. De esta manera, mejorando a las personas a través de la mediación, es posible cambiar a toda la sociedad, mejorarla.

Sin embargo, es la escuela de Harvard la que cuenta con la aceptación mayoritaria. Definen mediación 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. Por tanto, los objetivos de la mediación son:

- ✦ **Preparación de un plan para el futuro que los participantes pueden aceptar y cumplir:** lo denominan convenio
- ✦ **Preparación de los participantes para que acepten las consecuencias de sus propias decisiones**
- ✦ **Reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una resolución consensuada**

Matizan que el desarrollo de una relación terapéutica entre las partes y el mediador no constituye una meta. La mediación está dirigida a los resultados, y no a las causas internas del conflicto.

La consideran, por lo general, como un proceso a corto plazo interactivo y no interpersonal porque está más orientada hacia la forma en que las partes pueden resolver el conflicto y crear un plan que a las historias personales. Se relaciona más con el presente y el futuro, que con el pasado.

Ayuda a:

- ✦ **Reducir los obstáculos a la comunicación entre participantes**
- ✦ **Realizar al máximo la exploración de alternativas**
- ✦ **Atender a las necesidades de todos los que en ella intervienen**
- ✦ **Proporcionar un modelo para la futura resolución de conflictos**

Su objetivo principal es la solución del problema y el desarrollo de un plan de acción para el futuro. Debe considerarse como un conjunto de habilidades y un proceso al cual los profesionales tienen acceso para recurrir a su uso selectivo cuando los problemas demandan un convenio coherente entre las partes en conflicto.

Esta escuela es mucho más práctica a la hora de definir la mediación. Añade la posibilidad de que no sea un solo mediador el que lleve el asunto, sino que sean varios. Esta idea conecta muy bien con aquella que expone que la mediación es una a-disciplina, “ya que no toma sus bases teóricas ni metodológicas de ninguna disciplina humanística o social específica, sino de todas y cualquiera de ellas [...] no es una disciplina histórica ni económica ni psicológica ni sociológica, sino que más bien se sirve de todas éstas en su intento por comprender al ser humano y sus sociedades, por medio de los conflictos que se generan o en los que se involucra”¹⁷. Esto significa que lo ideal sería contar con varios mediadores procedentes de distintas disciplinas según el caso concreto. Por ejemplo, en una mediación familiar podría resultar adecuado contar con un mediador especialista en Derecho para tratar los asuntos legales, otro especializado en Psicología para atender a los asuntos emocionales y un tercero que fuera trabajador social ocupado en los temas referentes a los menores involucrados.

Prosigue la definición con el aislamiento sistemático de los problemas para encontrar opciones que lleven a la consecución de un acuerdo. Es una forma extremadamente pragmática de considerar la mediación. De hecho, se comenta posteriormente que se dirige a los resultados y al presente y futuro y no a las causas internas del conflicto ni al pasado. Es decir, la mediación que proponen está orientada a la satisfacción de las necesidades inmediatas en oposición a la postura de la primera gran escuela vista que pretendía un cambio en las personas. Desde luego que lograrán muchos acuerdos pero en mi opinión, los acuerdos que se logren con el método de la transformación tendrán una probabilidad mucho mayor que los primeros 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. Con esto no quiero decir que se deba usar la mediación como terapia pero sí creo que debe atenderse a las necesidades emocionales de las personas puesto que éstas pueden provocar un bloqueo en los participantes que les impida negociar nada o incluso, en un momento dado, podrían sucumbir a la ira o estar ocultando un desequilibrio de poder.

En cuanto a los objetivos propuestos, el primero de ellos es preparar un convenio o acuerdo que las partes puedan cumplir. Es el factor del éxito. Esta mediación va encaminada a lograr un acuerdo. El segundo objetivo consiste en preparar a las partes para que asuman las consecuencias de sus decisiones, cosa que no entiendo demasiado bien. Normalmente, cuando una persona toma una decisión se presupone que ha estado sopesando pros y contras y que la conclusión se decantará hacia la opción que le produzca un mayor beneficio o un mal menor, en su caso. Es decir, la persona que está tomando una decisión lleva a cabo un proceso maduro de reflexión que le llevará a elegir, de entre las alternativas disponibles, la que mejor se adapte a sus necesidades y responsabilidades. Es por ello que, tomada la decisión, no requiere de una preparación específica sino que las partes ya deberían haberse planteado si son capaces de asumir un determinado compromiso y de qué manera. En todo caso, este parece ser el único momento de atención emocional que se presta a los participantes en este tipo de mediación y, personalmente, toda atención a estas necesidades por pequeña que sea me parece bien, adecuada e incluso según la situación, precisa. Para acabar, recordamos que el tercer objetivo consiste en reducir la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una resolución consensuada. Estoy de acuerdo en que es parte del trabajo del mediador el tratar de reducir la ansiedad y otros efectos negativos, puesto que lo primero que debe hacer es crear un clima de confianza y comodidad en la medida de lo posible para las partes. No obstante, da la sensación de que se asocia la minimización de efectos negativos a la consecución del acuerdo. Es cierto que cuando una

¹⁷ FARRÉ, S., “La gestión alternativa de conflictos (GAC) y el conflicto estructural y cultural en las empresas y organizaciones: la experiencia de los Estados Unidos” en VINYAMATA, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación de conflictos*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 35. En la misma línea, VINYAMATA, E., *Manual de Prevención y Resolución de Conflictos. Conciliación, mediación, negociación*. Barcelona, Ariel, 1999, p. 12. Manifiesta el autor su acuerdo con BURTON, J., *Conflict: resolution and prevention*. Virginia, Macmillan, 1990, p. 63. Ambos consideran la resolución de conflictos como una a-disciplina que “nos introduce en un campo donde los límites de las disciplinas, las etiquetas del conocimiento, se difuminan para permitir el transvase y el desarrollo del conocimiento mismo”.

persona se encuentra ante una situación que le preocupa, empieza a notar sensación de alivio en cuanto vislumbra una posible solución pero creo que con una mediación orientada a la transformación se puede aliviar el malestar desde el primer momento, si no totalmente, al menos en parte.

Por todo lo expuesto acerca de la teoría de esta segunda gran escuela, no entiendo demasiado de las ayudas que proceden de la mediación. No sé si realmente se reducen los obstáculos a la comunicación o simplemente se dejan de lado para hablar de pactos, y en cuanto a la atención a las necesidades de los intervinientes, creo que cabría plantearse el tipo de necesidades a que se refieren, puesto que ya hemos visto que no se trabajan las emociones, cuestión que considero de capital importancia tanto en deferencia a quienes acuden a la mediación con su conflicto como una de las grandes ventajas de esta ADR frente al proceso judicial. No obstante, resulta muy eficaz a la hora de explorar las alternativas y como modelo para futuros conflictos.

Quiero dejar claro que, en mi opinión, la mediación que acabamos de ver constituye uno de los mejores modelos que existen por lo práctico, didáctico y útil (no en vano es una de las grandes escuelas) pero sí creo que el representado por la escuela de la transformación tiene un potencial mayor porque se orienta a las personas y no solo al acuerdo.

Son muchos los autores que, como esta escuela, consideran la mediación como una negociación asistida¹⁸ pero esto depende del punto de vista de quien la defina. En mi opinión, decir que la mediación es una negociación asistida supone valorarla en términos de éxito-acuerdo y fracaso-no acuerdo, idea con la que no estoy en absoluto de acuerdo como ya hemos visto. Sin embargo, la mediación sí representa la expresión de la madurez de una sociedad democrática en cuanto a los principios de la libertad, la igualdad, la autonomía de la voluntad, derechos y libertades contenidos en la Constitución Española y que hoy permiten al ciudadano iniciar una nueva etapa en cuanto a su desarrollo, pudiendo autogestionar sus conflictos¹⁹. Esta forma de ver la mediación es la que se pretende en 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, que luego veremos detalladamente y también en la recién aprobada Ley de Mediación española que también tendremos ocasión de examinar. No obstante, a pesar de que esta es una bella idea y sienta las bases de este método, no sirve para comprender qué es la mediación.

También hay opiniones intermedias como aquella que considera la mediación como técnica de resolución de conflictos que se basa en el poder y la confianza. Se pretende que las partes en conflicto utilicen al máximo su propio poder y sus recursos, y que el mediador se mantenga en lo posible neutral e imparcial. En cuanto a la confianza, se construye con la voluntariedad con que las partes entran al proceso, la confidencialidad del mismo y la expectativa de la actividad del mediador. También puede ser vista la mediación como un proceso de desbloqueo de un conflicto a través de la intervención de un tercero²⁰.

Sin duda la mediación se basa en la confianza que en gran medida se logra gracias a la confidencialidad y a la actuación y actitud del mediador. Sin embargo, no creo que el poder sea la otra base o pilar de este sistema. El poder tal y como yo lo entiendo sólo interviene en la mediación como causa excluyente o no de la misma, ya que si existe un desequilibrio de poder entre las partes, la mediación no es posible. El equilibrio de poder es un requisito imprescindible y previo al proceso pero no una base. Mi interpretación de esta idea es que no se refiere al poder en sentido estricto, sino que se habla de la capacidad de las partes para afrontar el conflicto, de que pueden hacerlo y no de que estén ejerciendo su poder.

En cuanto a la mediación como proceso de desbloqueo del conflicto, sí creo que sea una nota adecuada puesto que esta herramienta no sólo sirve para solucionar los problemas entre las partes, sino que otorga a estas partes la posibilidad de comenzar a dialogar sobre el asunto sin

¹⁸ BARONA, S., *Solución extrajudicial...*, op. cit., p. 74 y REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos*. Barcelona, Paidós, 2004, p. 267

¹⁹ ROGNONI, I., "La mediación familiar en el ámbito judicial" en VINYAMATA, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación de conflictos*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 124

²⁰ REDORTA, J., *Cómo analizar ...*, op. cit., p. 38

pensar por el momento en su resolución. Entiendo pues el bloqueo como la incapacidad de los participantes de tratar el tema por sí mismos de manera constructiva y la mediación como una herramienta que les permite comenzar a comunicarse lo cual, es el primer paso hacia la solución del conflicto.

Finalmente, la tercera gran escuela es la regida por el modelo circular-narrativo. COBB se basa en dos instrumentos fundamentales²¹. El primero de ellos es la causalidad y el segundo es la narración de historias.

La causalidad lineal de causa-efecto es sustituida por una causalidad circular, es decir, sin principio ni fin y esto es así porque en el mundo no es posible encontrar el claro y lineal ordenamiento de causa y efecto. Desaparece el mirar al pasado para poder comprender los efectos y se potencia el “aquí y ahora”, que es donde la mediación debe incidir.

En cuanto a la narración de historias, importa en la medida en que cuanto más estable es una historia, más encarcelada se encuentra la persona en el rol que ella misma ha diseñado. Por ello el mediador dirige su actuación a la construcción de nuevas narrativas que desestabilizan las historias que no dejan crecer a las personas y a la vez posibilita la construcción de nuevas historias donde el protagonismo recae en la persona y no en el contexto.

Por tanto, la mediación es un proceso que permite a las partes deshacerse de sus antiguos roles para ser capaz de comunicarse y encontrar una solución común a su problema.

Actualmente, la mediación se regula en España por la reciente Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles que veremos más adelante.

c) Conciliación

Esta ADR es la última que vamos a ver dentro de los método autocompositivos y, para mí, la más compleja de definir tanto por su parecido con la mediación como por las opiniones de la doctrina.

Se trata de un método de resolución de controversias consistente en que el conciliador establece un acuerdo equitativo según la norma establecida y el sentido común, siendo el laboral y el social los ámbitos más adecuados para su uso²².

De este concepto me gustaría destacar dos cosas. La primera de ellas es que parece desprenderse que el conciliador tiene poder para imponer una solución. Eso sí, ésta debe ser equitativa, acorde a la Ley y al sentido común, lo cual se parece mucho al arbitraje que veremos a continuación y por ello lo dejo aquí por ahora. La segunda se refiere a los ámbitos idóneos. Para una persona con formación jurídica, decir ámbito laboral o ámbito social es exactamente lo mismo, por lo que no sé a qué obedece este desglose. En todo caso, cabe mencionar que la tradición española en conciliación proviene de esta área.

Por su parte, la institución de la conciliación en E.E.U.U. parece que no goza de las simpatías de los americanos. En ella existe un tercero interviniente pero no incita activamente ni anima a las partes a alcanzar el acuerdo al conflicto suscitado, sino que su función consiste en reunir a las partes o en transmitir entre ellas los mensajes o las informaciones²³. Nótese la diferencia abismal respecto del primer concepto analizado. Con aquel, el conciliador puede decidir por las partes mientras que con el estadounidense, su labor se limita casi a la de mero recadero.

En España, la conciliación laboral ha sido definida como “la comparecencia obligatoria (o facultativa) de las partes ante una autoridad designada por el Estado, o ante un órgano constituido según las reglas dictadas por aquél, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa”²⁴. Esta explicación tampoco arroja demasiada luz sobre el asunto, aunque sí permite vislumbrar la existencia de una conciliación intrajudicial (obligatoria) y otra extrajudicial

²¹ MUNUERA, P., *El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas*. http://eprints.ucm.es/5678/1/_Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf

²² VINYAMATA, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación...*, op. cit, p. 13

²³ BARONA, S., *Solución extrajudicial...*, op. cit., p. 79-80

²⁴ MONTERO, J., *Introducción al proceso laboral. 5ª edición*. Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 137.

(facultativa).

En cuanto a la distinción entre mediación y conciliación, se ha dicho que “en ambos supuestos se pretende alcanzar una solución no heterocompositiva, que implique la imposición de la misma a los sujetos en conflicto, si bien la participación del tercero difiere en cuanto al grado de intensidad, dado que en la conciliación el tercero pretende que las partes alcancen el acuerdo entre ellas pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tiendan a concretar y, en su caso, posibilitar una solución de consenso entre ellas; por su parte, la mediación implica la utilización de estas técnicas expuestas y la facultad de persuasión con el fin de proyectar en un procedimiento en muchos casos más lento la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución que, desde la cesión de intereses contrapuestos, lleve a una posición común que, en todo caso, implique una desaparición, o cuanto menos suavización, de la crispación existente”²⁵.

Ambas son métodos autocompositivos porque en ellas interviene un tercero (mediador y conciliador respectivamente) ajeno al conflicto para ayudar en su resolución. Se habla a continuación de una solución “que implique la imposición de la misma a los sujetos”. Me parece una expresión confusa en el sentido de que, por la voluntariedad de estos métodos, la solución no va a ser impuesta sino, en todo caso, autoimpuesta. Quiero decir que serán las propias partes las que decidan qué solución es la adecuada y acordarán, o no, llevarla a cabo. Seguido indica que la diferencia entre uno y otro método radica en la intensidad de la actuación del tercero que, en el caso de la mediación, puede hacer uso de una variedad amplia de técnicas incluyendo la persuasión, idea con la que no estoy de acuerdo porque se acerca demasiado a la imposición o toma de decisión por el mediador, mientras que en la conciliación no es así pero tampoco explica qué es lo que realmente puede hacer un conciliador. Sí especifica que la mediación es más lenta que la conciliación.

Otra parte de la doctrina explica que conciliación y mediación son instituciones de similar fundamento y contenido, aunque en ocasiones se diferencian en razón a que la conciliación viene a ser el resultado de la mediación. Definen la conciliación como una actuación predeterminada y limitada a la obtención y refrendo de un acuerdo, mientras que consideran que la mediación tiene un carácter más amplio en el sentido de permitir al mediador atender a otras posibilidades, compromisos o acuerdos que pueden exceder al original litigio²⁶.

Parece que lo que se pretende explicar es que la conciliación es el efecto de la mediación en el sentido de que cuando ésta acaba en acuerdo y se produce por tanto la avenencia, se han conciliado las posturas de las partes.

Finalmente, hay quien califica la distinción entre mediación y conciliación de muy sutil y la cifra en que el conciliador ayuda a las partes a llegar a un acuerdo recomendando lo que cree mejor, es decir, que puede emitir un juicio de valor sobre la propuesta de acuerdo, mientras que el mediador nunca valora dicha propuesta, sino que en función de lo que le planteen las partes, elaborará una propuesta de acuerdo que satisfaga al máximo los intereses de las mismas²⁷.

Esta supone la tercera versión de lo que puede hacer un conciliador. En este caso no tiene poder de decisión ni tampoco se limita a reunir a las partes y pasar información de una a otra, sino que, una vez escuchados los participantes, el conciliador puede opinar pero seguimos sin saber qué valor tiene dicha opinión.

Como podemos ver hay criterios de todo tipo respecto a lo que puede o no hacer el conciliador y respecto a la diferenciación entre mediación y conciliación. Tampoco la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, ayuda a determinar las diferencias entre ambas figuras. No hace distinción alguna entre conciliación y mediación a sus efectos. Nombra a ambas pero, como requisito de acceso al proceso, las utiliza indistintamente.

²⁵ BARONA, S., *Solución extrajudicial...*, op. cit., p. 80-81

²⁶ RICHARD, M., “Análisis crítico del sistema y los procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011) y al Proyecto de Ley de Mediación de 2011” en RICHARD, M.; RIAÑO, I.; RIFÁ, J.M. (Coord.). *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*. Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 74-75

²⁷ GALEOTE, M.P., “La mediación” en HINOJOSA, R. (Coord.), *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid, Ramón Areces, 2006, p. 65.

1.2.4.2. Métodos heterocompositivos: el arbitraje

Para terminar con los conceptos básicos pasamos a ver el arbitraje, que se encuadra en los métodos heterocompositivos de resolución de controversias.

Efectivamente, el arbitraje es la ADR de tipo heterocompositivo por excelencia. En él interviene un tercero que sí tiene poder para imponer la solución, es decir, que ésta viene de forma externa a las partes.

La antigua Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, definió en su artículo 1 esta figura de la siguiente manera: “mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”.

Es novedosa la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de esta institución. En cuanto al sistema en sí, consiste en que las partes someten su desavenencia sobre una materia dispositiva, es decir, aquella sobre la que tienen libre disposición, al parecer de uno o varios árbitros siempre y cuando con carácter previo tuvieran firmado un convenio arbitral, que en palabras de la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, es un documento que “expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Este árbitro o árbitros emitirán un laudo que es una resolución con idéntica eficacia vinculante que las sentencias judiciales firmes, es decir, produce fuerza de cosa juzgada material y es título que permite obtener el despacho de la ejecución forzosa en caso de que se incumpla²⁸. Respecto a su contenido, incluirá bien el acuerdo al que hayan llegado las partes, bien la decisión del árbitro que éste puede emitir en derecho o en equidad, en este último caso, siempre que las partes le hayan autorizado a ello.

Esta figura del árbitro presenta una gran ventaja frente a los tan parecidos jueces y magistrados, y es que su decisión se tomará con arreglo a las normas jurídicas, a las cláusulas del contrato y a los usos que resulten aplicables.

Una de sus especialidades más en uso hoy en día es el denominado sistema arbitral de consumo contenido en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Se define en su artículo 1 como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor.

En la misma línea se expresa 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, que define al sistema arbitral de consumo como el “sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios”.

Es decir, que lo que caracteriza a esta especialidad es su ámbito de aplicación, a saber: los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y los empresarios y profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor siempre que versen sobre materias de libre disposición²⁹.

Por otra parte, resulta curiosa la existencia de figuras intermedias entre el arbitraje y la mediación en E.E.U.U. En este supuesto de utilización de técnicas mixtas, la misma persona que ejerce de mediador es la que hace las funciones de árbitro, por regla general. Es lo que se ha venido denominando como *med-arb*³⁰. Esta idea tan práctica en apariencia me parece peligrosa para

²⁸ CUBILLO, I. J., “El arbitraje de consumo electrónico” en SENÉS, C. (Coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*. Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 370

²⁹ Sobre esta materia, *vid.* RICHARD, M.; RIAÑO, I.; RIFÁ, J.M. (Coord.). *Estudios sobre...*, op. cit.

³⁰ BARONA, S., *Solución extrajudicial...*, op. cit., p. 82

llevarla a cabo en España, puesto que la confidencialidad de estos métodos es su propia panacea y por ello se intenta que sean lo más herméticos posibles, es decir, que lo ocurrido durante la mediación se queda en la mediación y no trasciende a nadie, ni al árbitro ni a al juez, salvo contadísimas excepciones. Entonces, el problema con la *med-arb* es que, siendo el mediador y el árbitro la misma persona, la confidencialidad quiebra porque la información pasa automáticamente del proceso de mediación al de arbitraje.

También es característico en E.E.U.U. que los árbitros sean personas integradas en el sector de que se trate en el caso concreto. En España también ocurre así. RICHARD³¹ lo explica poniendo en relación el artículo 15.2 de la Ley 60/2003 con el Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

El primero dispone que “cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista”. El segundo explica lo anterior diciendo que: “de la misma forma se procede a reforzar el papel de las instituciones arbitrales, así como a una mejor estructuración del nombramiento de los árbitros, abriendo el abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trata de un arbitraje de derecho. Pero, también, previendo, de forma expresa, que es posible la intervención de otro tipo de profesionales, no necesariamente pertenecientes a dicho campo del conocimiento, pues la experiencia internacional plenamente asentada aconsejaba dicha reforma, y ello sin olvidar que de esa manera se produce un mayor acoplamiento a la «libre competencia» que reclaman las instituciones de la Unión Europea”. En su opinión, esta es la justificación de que “se puede atender a la necesaria especialización técnica para conocer de determinados asuntos y, al mismo tiempo, acordar un arbitraje en derecho que garantice la aplicación de una determinada regulación legal, que aporta un «plus» de confianza y de certidumbre”.

Además de esto, la Recomendación 98/257/CE³² es explícita al decir que “cuando la decisión se adopte de forma colegial, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales”.

Hasta aquí los conceptos necesarios para poder avanzar en nuestro análisis. A continuación, pasamos a ver el desarrollo legislativo europeo en estas materias.

2. Desarrollo legislativo europeo

La UE tiene entre sus objetivos el mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas y es en este mercado interior donde las ADR encuentran su justificación. Se trata de garantizar la libre circulación de personas, de manera que se permita a los ciudadanos europeos confiar en la institución y, de esta manera, ir desarrollando relaciones con nacionales de otros Estados miembros. Es por ello que la creación de unas herramientas de resolución de conflictos sencillas, baratas y con capacidad para actuar entre miembros se vuelven indispensables.

Con este objetivo en mente, el Consejo Europeo instó a los Estados miembros a utilizar las ADR. Así lo hizo en su reunión de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, en la cual manifestó que “en un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos”. Es por esto que invitó al Consejo a que, “a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor

³¹ RICHARD, M., “Análisis crítico del sistema y...”, op. cit., p. 97-98

³² Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. D.O.L 115, 17/4/1998.

cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos”.

Tres años más tarde, el 19 de abril de 2002, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Éste explica que existe un gran interés en las ADR por tres motivos: “en primer lugar, se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello. En segundo lugar, las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo. Por último, las ADR representan una prioridad política - confirmada en varias ocasiones - para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad. Se ha hecho especial hincapié en esta prioridad política en el ámbito de la sociedad de la información en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos (“ODR” por Online Dispute Resolution) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet”. En conclusión, Europa está actualmente volcada con las ADR.

Cabe matizar que este Libro Verde excluye expresamente al arbitraje por considerarlo “más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia”.

No obstante lo anterior y encaminándonos un poco hacia la mediación, ya en 1998 el Comité de Ministros publicó una recomendación a los Estados miembros en materia de mediación familiar³³. A pesar de hacer referencia a un ámbito tan específico como es el familiar, resulta de gran trascendencia para la mediación en general por lo que aporta y que luego será susceptible de ser empleado como base o indicativo para legislar.

En primer lugar trata las bondades de la mediación familiar que hago extensibles a cualquier tipo de mediación y que son:

- ♣ **Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia:** y donde dice miembros de la familia, digo personas que tengan una controversia en general.
- ♣ **Reducir los conflictos entre las partes:** en el caso de la mediación familiar es realmente difícil hacer desaparecer por completo el conflicto puesto que, para empezar estamos hablando de una herramienta que facilita la ruptura de la familia sin plantearse la posible reconciliación de la misma y, para terminar, es muy habitual que haya niños menores de por medio. En estos casos, es cierto que lo mejor que puede hacer la mediación por las partes es reducir el conflicto, ya que el hecho de tener unos hijos comunes hace que los primeros deban mantener una relación entre ellos que sea continuada en el tiempo en aras al interés superior del menor y su bienestar. Los niños no son el conflicto sino que es la relación que deben mantener los padres la susceptible de generar problemas. En otros ámbitos menos emocionales la mediación es más fácil hacer desaparecer el conflicto en lugar de limitarse a reducirlo.
- ♣ **Dar lugar a acuerdos amistosos:** en esta materia, como mínimo deberían llegar a los acuerdos necesarios para proteger a los hijos, sobretodo a los menores. Véase por ejemplo custodia y manutención. Y digo “deberían llegar” porque, en caso de no hacerlo, será el juez el que decida y en mi opinión, nadie puede gestionar mejor un problema que aquél que lo tiene. Me refiero a que son las partes las que de verdad conocen la situación, sus necesidades y responsabilidades, su disponibilidad temporal y económica y, por supuesto, las necesidades y el carácter de sus hijos. Un juez, aún con la mejor intención, siempre se encontrará con que no conoce todas las circunstancias, por lo que no podrá valorarlas en su toma de decisión.
- ♣ **Asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos:** lo que preocupa a esta Recomendación es el bienestar del menor y considera que la mediación es el método idóneo para preservar la relación del padre y la madre con los hijos. Ya

³³ Recomendación R(98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar.

hemos visto que se puede pactar un calendario para que los menores estén tanto con su padre como con su madre y, desde luego, se pueden y deben establecer mecanismos de revisión de lo pactado para el caso de que cambien las circunstancias.

- ✦ **Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados:** es cierto que la mediación es en general más barata que un proceso judicial pero en el caso de las rupturas familiares supone una ventaja innegable. ¿Quién no ha oído quejarse a un recién divorciado de que el proceso y sus consecuencias le han dejado arruinado? Lamentablemente no es algo extraño. Pero mirando un poco más allá de lo económico, la mediación tiene la capacidad de reducir el coste emocional. El proceso judicial de divorcio es largo, caro y doloroso. ¿Por qué no hacerlo más breve, barato y mostrando a las partes que a pesar del dolor aún pueden comunicarse de manera civilizada? Además, cuando las partes toman conciencia de que pueden hacerlo, normalmente surge un renovado respeto entre ellas, no como pareja, sino como personas independientes que deben solucionar sus diferencias.
- ✦ **Reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos:** que la mediación es más breve que un proceso judicial es algo innegable. El hecho de que se hable de “solución del conflicto” es más problemático porque no considero solución a una sentencia que, seguramente, va a suscitar resquemor en una o ambas partes.

En segundo lugar, la Recomendación aporta una definición de mediación familiar, si bien luego no hace mención específica al ámbito, por lo que resulta aplicable a la mediación en general. La define como “proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes”. Como podemos ver, este concepto es similar a los vistos anteriormente sobre la mediación como negociación asistida y va dirigido a la obtención de acuerdos.

En tercer y último lugar, la Recomendación aporta unos principios y explicaciones sobre la mediación familiar que incluyen:

- ✦ **Ámbito de aplicación:** conflictos dentro de la familia.
- ✦ **Organización de la mediación:** debe ser, en principio, voluntaria y los Estados deben velar por su existencia.
- ✦ **Procesos de mediación:** los principios del proceso en sentido estricto son:
 - Imparcialidad
 - Neutralidad
 - Respeto a las partes y legalidad en la negociación
 - Ausencia de poder del mediador para imponer soluciones
 - Respeto a la vida privada
 - Confidencialidad
 - Bienestar e interés superior del niño
 - El mediador facilita información jurídica pero no consejo jurídico
- ✦ **Estatuto de los acuerdos de mediación:** los Estados deben facilitar su aprobación y ejecución
- ✦ **Relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial u otra autoridad competente:** la mediación es autónoma y puede tener lugar antes, durante o después de un proceso judicial.
- ✦ **Promoción y acceso a la mediación:** los Estados deben informar a los ciudadanos sobre la mediación y promoverla.
- ✦ **Otros modos de solución de conflictos:** pueden aplicarse estos principios a otras ADR.
- ✦ **Cuestiones internacionales:** se aplicarán los principios a la mediación internacional.

Tres meses después, el 30 de marzo de 1998, la Comisión presentó otra Recomendación³⁴

³⁴ Recomendación 98/257/CE..., op. cit.

sobre los principios que debían regir en los órganos de solución extrajudicial de conflictos pero acotado al ámbito de consumo. Estos principios, al margen de la materia objeto de la Recomendación, también resultan aplicables a los demás ámbitos. Son:

- ✦ **Principio de independencia:** el órgano será independiente para poder garantizar su imparcialidad
- ✦ **Principio de transparencia:** los órganos deben poder informar a quien lo solicite sobre la concreta ADR de que se trate, su funcionamiento, efectos, costes, etc. y también deben publicar un informe anual para evaluar resultados y naturaleza de los litigios.
- ✦ **Principio de contradicción:** las partes deben poder expresarse y conocer lo expresado por la otra parte o expertos que intervengan.
- ✦ **Principio de eficacia:** debe garantizarse el acceso al procedimiento sin obligación de utilizar representante, la gratuidad del mismo o costes moderados, plazos cortos entre la consulta y la decisión y un papel activo del órgano que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución.
- ✦ **Principio de legalidad:** la parte no podrá quedar desprotegida como consecuencia del resultado de la ADR.
- ✦ **Principio de libertad:** el resultado sólo será obligatorio para las partes cuando hayan sido previamente informadas y lo hayan aceptado expresamente.
- ✦ **Principio de representación:** no se puede privar a las partes de su derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

Es curioso que existe otra Recomendación posterior³⁵, en concreto de 4 de abril de 2001, también de la Comisión y en materia de consumo dirigida a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios, que resulta prácticamente igual que la anterior. En esta ocasión, se habla de los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Es decir, la única novedad se presenta en la equidad que viene a constituirse como una especie de mezcla entre los principios de transparencia, contradicción, legalidad y libertad.

No obstante, todo tiene su causa y no parece que la UE malgaste esfuerzos trabajando por duplicado. El motivo por el que existen dos recomendaciones tan similares es que la primera se refiere únicamente a los “procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución”, excluyendo a los “procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo”. Por tanto, se excluyó a la mediación. Por eso, la segunda de las recomendaciones dispone que “los principios deberán respetarse en cualquier otro procedimiento, independientemente de su denominación, en el que un tercero facilita la resolución de litigios acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo, por ejemplo, haciendo propuestas informales sobre las opciones de solución”. De esta forma se abarcan todas las ADR, aunque sin hacer referencia a la voluntariedad en ninguna de las Recomendaciones³⁶.

Para terminar con este punto, vamos a ver lo más destacable de la Directiva 2008/52/CE³⁷

³⁵ Recomendación 2001/310/CE 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.

³⁶ En este sentido, la sentencia de la sala cuarta del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, en el asunto C-602/10, SC Volksbank România SA contra Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași, confirma esa voluntariedad de los métodos extrajudiciales de resolución de controversias cuando señala que el deber de los Estados miembros de velar por que se establezcan tales mecanismos, expuesto en el artículo 24 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE de Consejo, no se opone a las normativas nacionales de transposición que permitan a los consumidores dirigirse directamente a una autoridad de protección de los consumidores sin necesidad de recurrir previamente a los procedimientos de resolución extrajudicial establecidos por las legislaciones nacionales para ese tipo de litigios.

³⁷ 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.

sobre la mediación.

Su sexto considerando expone que “la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes”. De esta afirmación puede extraerse el valor, estima y expectativas de la UE respecto de la mediación, así como algunas de sus ventajas.

El artículo 3 define la mediación como “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”. Añade que “incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”. El concepto es sencillo y parecido a lo que ya hemos visto. No obstante, llama la atención el segundo inciso. En mi opinión, la Directiva quiere señalar la posibilidad de que un juez pueda actuar en calidad de mediador siempre que no haya un proceso judicial pendiente por dicho litigio y del cual esté conociendo. Sin embargo matiza que no será mediación toda actuación que tenga lugar en el seno de un procedimiento judicial.

Este artículo también define al mediador y lo hace como “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”. Este concepto resulta problemático en el sentido de que, en primer lugar, no especifica si se trata de una persona física o jurídica y, en segundo lugar, señala que es independientemente de la profesión que dicha persona tenga en el Estado miembro. Curiosamente, estos dos temas han sido polémicos durante la tramitación parlamentaria de la Ley española de Mediación³⁸ pero lo veremos con posterioridad.

Otra cuestión destacada la aporta el apartado 2 del artículo 4 que dispone que “los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de los mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”. Me parece un poco peliagudo desde el punto de vista español, puesto que en nuestro país, cuya Ley de Mediación está recién salida del horno, tenemos actualmente trece leyes autonómicas sobre la materia y, a falta de un criterio unificador que no hemos tenido hasta el pasado mes de marzo en el mejor de los casos, cada autonomía ha establecido la formación para mediadores que ha considerado adecuada. El problema aquí resulta del hecho de que, como cada Comunidad ha formado a sus mediadores según su propia Ley, no parece sencillo el que un mediador español pueda ejercer dicha profesión en todo el territorio nacional, puesto que los requisitos van a cambiar de una zona a otra. Y eso sin tener en cuenta que la obligación de fomentar la formación de los mediadores recae en el Estado y no en las autonomías.

También cabe mencionar el artículo 5.2. que dispone que “la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación de proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”. Pues bien, el problema en esta ocasión es que este artículo da pie a que los Estados establezcan una mediación con carácter obligatorio, cuestión que ha resultado muy controvertida en España porque un sector de la doctrina considera que esto es contrario al principio de voluntariedad de esta ADR. Otros autores llevan más allá esta cuestión y la fundamentan en que, en primer lugar, la experiencia demuestra la inutilidad de la obligatoriedad de la conciliación previa en el proceso civil, en segundo lugar, se produce una vulneración del derecho de los ciudadanos de acceso a la jurisdicción y al proceso y, en tercer lugar, el intento de mediación supone un gasto temporal y económico³⁹.

En mi opinión, no hay problema alguno en que determinados asuntos deban someterse

³⁸ Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

³⁹ RICHARD, M., “Análisis crítico del sistema y...”, op. cit., p. 80

obligatoriamente a la mediación porque, primero, en ningún caso se les está privando de su derecho de acceder a la jurisdicción tal y como prevé la propia Directiva, segundo, tampoco se les obliga a permanecer en la mediación ni a concluir un acuerdo, tercero, el legislador ha entendido que la mediación para esos casos es la mejor de las alternativas posibles, cuarto, la UE está detrás de esta regulación garantizando la calidad de este servicio y, quinto, intentando la mediación tienen mucho que ganar y muy poco que perder.

Continúa la Directiva estableciendo que los Estados deben garantizar el carácter ejecutivo de los acuerdos cuando así se solicite salvo que su contenido sea contrario al orden público o la legislación del Estado no contemple dicho carácter ejecutivo. También obliga a garantizar la confidencialidad y que la caducidad y la prescripción no impedirán el acceso posterior a un juicio o un arbitraje.

Finalmente, establece como fecha límite para que los Estados legislen en la materia el 21 de mayo de 2011. Nuestra Ley de Mediación es de julio de 2012 y la tentativa para salvar a España de una sanción por no haber cumplido este plazo es el decreto de marzo de 2012⁴⁰, es decir, que nuestra legislación llegó con casi diez meses de retraso.

Para terminar, quiero mencionar que la Comisión Europea tiene entre manos desde noviembre de 2011 una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Habrá que esperar para ver las novedades.

⁴⁰ Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

Capítulo II. Justificación del desarrollo de los ODR

En el capítulo I hemos podido ver qué es un conflicto y cómo surge. Consecuencia de ello, resulta la necesidad de crear unos mecanismos que permitan solucionarlos de manera eficaz, rápida y supuestamente económica. De ahí el surgimiento de las ADR. No obstante, guiados por esa necesidad de gestionar los problemas con la máxima eficacia y gracias a los avances tecnológicos, se está intentando dar en la actualidad un paso más allá. Se trata de los ODR.

Estos son la versión en línea de las ADR y sus siglas corresponden a *Online Dispute Resolution*. Son, en gran medida, consecuencia de las nuevas relaciones que surgen en el ámbito de la denominada Sociedad de la Información⁴¹, que es una forma de desarrollo económico y social en el que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y la diseminación de la información con vistas a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de las personas y de las organizaciones, juega un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza y en la definición de la calidad de vida y las prácticas culturales de los ciudadanos.

Se trata de que nuestra realidad está inmersa en la globalización y el multiculturalismo⁴² propiciados en gran parte por el uso de Internet, de manera que hoy es más fácil crear relaciones jurídicas más allá de las fronteras de los países, por lo que deviene necesario el establecimiento de unos mecanismos que permitan a las partes solucionar sus diferencias sin moverse de donde estén. Sin duda, Internet es el marco idóneo para ello, pues de ahí surgen los problemas y en su seno se pueden resolver. Esto es lo que pretenden los ODR.

Proviene de una corriente de pensamiento de la Universidad de Massachusetts, en la que se unieron los conceptos de ADR con las nuevas herramientas que ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC's)⁴³.

Por todo ello, podemos definir los ODR de forma muy sencilla como métodos alternativos de solución de controversias a través de Internet.

Así pues, son prácticamente las mismas ADR que ya hemos visto en el capítulo anterior, con sus mismas características y tipología pero adaptadas, con las nuevas circunstancias que pueda acarrear la gestión en línea de las mismas.

Veamos cuáles son esos ODR para posteriormente, pasar a ver esas cualidades que los diferencian de las ADR y que se configuran como ventajas e inconvenientes que presentan respecto de estas últimas.

1. Nociones básicas sobre los ODR

Los ODR son métodos extrajudiciales de resolución de controversias cuyas herramientas principales provienen de las TIC's.

Para empezar, es necesario diferenciar entre dos tipos de ODR que son⁴⁴:

▲ **Métodos mixtos:** tratan disputas en el mundo de la interacción habitual de las transacciones comerciales, con participantes situados en lugares diferentes y ligados a través de una intervención online. Dicha intervención se configura como un auxiliar del diálogo interpersonal. Esto significa que surgida una disputa, se somete a una ADR que se llevará a cabo por medios electrónicos.

⁴¹ Libro Blanco, de 5 de diciembre de 1993, de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre crecimiento, competitividad y empleo. COM(93)700

⁴² Sobre estas materias vid. GALINDO, F., *Derecho e informática*. Madrid, La Ley, 1999 y GALINDO, F., *Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

⁴³ LEZCANO, J. y ORTEGA, R., *Los ODR como nuevo paradigma en la resolución de conflictos*. 2º Congreso provincial de ciencias jurídicas y sociales del Colegio de Abogados de La Plata. www.gecsi.unlp.edu.ar/index.php?option=com...odr..

⁴⁴ FEMENIA, N., "Sistemas on line de resolución de conflictos" en VINYAMATA, E. (Coord.), *Tratamiento y transformación de conflictos*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 105-106

- ⤴ **Métodos automatizados:** se trata de procesos automáticos en los que no interviene ningún tercero, sino que es un programa informático el que aplica unas reglas de interacción que determinan si la disputa es solucionable o no.

Además, estos ODR pueden desarrollarse⁴⁵ de forma:

- ⤴ **Sincrónica:** las partes coinciden en el proceso en el mismo tiempo y espacio. Esto ocurre por ejemplo, en un chat o en una videoconferencia.
- ⤴ **Asincrónica:** las partes no coinciden en el mismo tiempo y espacio. Por ejemplo, si las comunicaciones se hacen por e-mail o en un foro.

En cuanto al catálogo de los ODR, vamos a ver muy brevemente cómo es coincidente con las ADR, con algunos matices. Son ODR:

- ⤴ **Negociación:** existen dos clases:
 - Negociación asistida: es la más parecida a la versión ADR. Se trata de una negociación entre las partes sin intervención de terceros en la que se pone a disposición de estas una plataforma de comunicación alojada en una página web en la que se les indica los pasos a seguir, se les asesora y se les ofrecen fórmulas tipo⁴⁶. Es decir, el proveedor del ODR no organiza la negociación en sí, sino que se limita a ofrecer un sitio seguro donde ésta pueda desarrollarse y los datos puedan quedar almacenados.
 - Negociación automatizada: también se la conoce como *blind bidding* o negociación ciega por apuestas. Se trata de un procedimiento en que cada parte hace una oferta sin conocer la de la parte contraria. Si las ofertas se sitúan dentro de ciertos rangos predeterminados, el sistema calcula la media de las ofertas y el conflicto se soluciona mediante una transacción por la suma resultante. Si no se acercan a dicho rango son destruidas y ninguna de las partes llega a conocer la propuesta que hizo la otra⁴⁷. Observemos que la negociación como tal no se lleva a cabo por los participantes sino que es realizada por un programa informático. Además, este sistema servirá únicamente para reclamaciones dinerarias.
- ⤴ **Mediación:** funciona exactamente igual que como ADR, con la única diferencia de que en lugar de reunirse el mediador y las partes en una sala, lo hacen en un chat o mediante videoconferencia, e-mail, etc.
- ⤴ **Arbitraje:** en España, el arbitraje por medios electrónicos⁴⁸ ya es una realidad. Se regula por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y para lo no previsto en él, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Puede definirse como aquel proceso de arbitraje que se sustancia íntegramente, desde la solicitud hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales. Requiere de una aplicación tecnológica que permita la sustanciación de todas las actuaciones en soporte electrónico y que garantice la compatibilidad y el intercambio de

⁴⁵ CONFORTI, F., *Mediación electrónica*. www.acuerdojusto.com/Descargas/Mediacion_Electronica.pdf, p. 2 y ELISAVETSKY establece un paralelismo entre métodos sincrónicos u online y métodos asincrónicos u off line. No estoy de acuerdo con ello porque el hecho de que las partes no coincidan ni temporal ni espacialmente no obsta para las comunicaciones se estén llevando a cabo a través de medios electrónicos que requieren el uso de Internet (por ejemplo, el correo electrónico). Es por ello que considero que tanto los métodos sincrónicos como los asincrónicos son online y de ahí que ambos tengan la consideración de ODR. ELISAVETSKY, A., *Nuevas tecnologías de información y comunicación aplicadas a la resolución de conflictos*. www.mediate.com/articles/nuevastecnologias.cfm

⁴⁶ ELISAVETSKY, A., *Nuevas tecnologías...*, op. cit.

⁴⁷ FEMENIA, N., “Sistemas on line...”, op. cit., p. 107

⁴⁸ CUBILLO, I. J., “El arbitraje de...”, op. cit., p. 385-388. También sobre esta materia vid. RICHARD, M.; RIAÑO, I.; RIFÁ, J.M. (Coord.). *Estudios sobre...*, op. cit.

la información en el seno del sistema arbitral de consumo. Además, para que sea posible, la junta arbitral de consumo que vaya a conocer el asunto ha de estar adscrita a la administración electrónica del arbitraje y debemos tener en cuenta que esta adscripción es voluntaria y depende de los recursos económicos propios de cada junta.

Vistas estas nociones básicas, vamos a analizar algunas de las ventajas e inconvenientes que podemos encontrarnos en los ODR⁴⁹.

2. Ventajas e inconvenientes de los ODR frente a las ADR

Trabajar la gestión de conflictos en línea conlleva unas ventajas como son:

- ✦ **Optimización del tiempo:** las partes, cuando el medio es asincrónico, pueden elegir el momento de responder. Esto supone que van a poder organizar su tiempo para intervenir en el ODR de manera que, por un lado, éste no interrumpa su actividad cotidiana y, de otro lado, no sólo van a dedicar al proceso el tiempo que estimen oportuno sino que también lo harán cuando lo estimen oportuno, lo cual redundará en una mejor predisposición de cara a éste.
- ✦ **Control de emociones:** esta ventaja se da con independencia del modo de desarrollar el ODR con excepción, probablemente, de la videoconferencia. En primer lugar, las partes ven un comentario en la pantalla de su ordenador, de manera que pueden leerlo varias veces y pensar antes de contestar, lo cual llevará a que las respuestas sean más comedidas y meditadas que en un ADR cara a cara⁵⁰. En segundo lugar, de no haber ocurrido lo anterior, el tercero interviniente en el conflicto, si lo hay, puede moderar los comentarios vertidos al proceso cuando sean hirientes o malintencionados. Por ejemplo, puede establecerse como regla de procedimiento que los comentarios vayan a este tercero antes de ser publicados para el resto de los participantes lo cual, a su vez, permite al tercero obtener más información y le da la posibilidad de calmar a los participantes que lo necesiten.
- ✦ **Consulta a asesores externos:** sin duda, en un ADR también se puede (y se debe) consultar con asesores externos. La diferencia que aportan los ODR es que permiten que al asesor conocer de primera mano la concreta información y acceder a ella cuantas veces lo requiera porque queda plasmada por escrito, de forma que su orientación podrá ser mucho más ajustada a la realidad de lo sucedido.
- ✦ **Comunicación racional:** el control de emociones conlleva que las partes puedan centrarse mucho mejor en los temas de conversación. El diálogo será más civilizado y cortés, por lo que las partes quedan libres para poder pensar con claridad y serenidad, lo que en definitiva, supone ser más racional.
- ✦ **Conversaciones individuales simultáneas a la general:** esta ventaja se da sólo en la mediación. Dependiendo de la habilidad del mediador, éste podrá mantener el hilo de la conversación general con todas las partes mientras que pide información en privado a una sola de ellas. Esto supone una gran diferencia respecto del método tradicional, puesto que en éste es necesario paralizar la sesión conjunta para iniciar la individual, con las molestias y suspicacias que ello pueda ocasionar al resto de partes.
- ✦ **Reutilización de las comunicaciones:** sin perjuicio de que el tercero deba explicar a las partes el método de ODR, cómo se desarrolla, sus normas del procedimiento, etc. en cada caso, éste puede poner a disposición de los participantes unos documentos que contengan todo esto, de manera que cuando inicien el proceso estén algo más

⁴⁹ En esta exposición seguimos a FEMENIA, N., “Sistemas on line...”, op. cit., p. 112-113

⁵⁰ CORTI, G. y ROSSI, M., *La mediación “on line”*.

http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/4633-qonlineq-mediation-document-in-spanish, p. 2

familiarizados con el mismo⁵¹. Además, estos documentos son comunes a todos los casos.

- ⤴ **Sin fronteras geográficas:** no importa dónde estén geográficamente situadas las partes porque pueden acceder al proceso desde cualquier ordenador con conexión a Internet. Esta ventaja tiene un añadido, y es que las personas pueden seguir el procedimiento desde su propia casa, lo que también mejora la predisposición de las mismas respecto del ODR en cuestión porque allí se encuentran más cómodas. Además, elimina todos los costes derivados del transporte que pueda implicar una ADR, desde un billete de autobús hasta uno de avión pasando por hoteles y dietas.
- ⤴ **Registro de discusiones:** todo lo que se diga va a quedar plasmado por escrito y será susceptible de almacenamiento. Esto beneficia al tercero interviniente que puede repasar lo dicho para preparar la siguiente sesión, beneficia a las partes que pueden reflexionar detenidamente y pasar una copia a su asesor e incluso beneficia la formación de árbitros, mediadores y conciliadores, puesto que les permite seguir los procedimientos y estudiarlos.
- ⤴ **Celeridad:** no sólo porque las ADR tengan esta característica, sino porque es posible que en los documentos de terminación de cada proceso, ya sean acuerdo, laudos, actas finales, etc., se use la firma electrónica para no tener que estar enviándolos por correo ordinario, lo cual permite ahorrar incluso días.
- ⤴ **Asequibilidad:** los ODR, al tramitarse a través de la red, tienen un coste muy bajo. Tanto como la cuota de Internet que estén pagando los usuarios en cada momento. Quedan al margen, por supuesto, los posibles gastos del portal que ofrezca el ODR en cuestión.

En cuanto a los inconvenientes, podemos encontrarnos con:

- ⤴ **Acceso al medio online:** para poder llevar a cabo un ODR se requiere, como mínimo, un ordenador y una conexión a Internet y no toda la población cuenta con ello. Si además desarrollamos el proceso mediante videoconferencia, se necesitarán también una webcam, micrófono, etc. No obstante, en el caso de España la situación no parece tan problemática en este aspecto, puesto que las estadísticas indican que en el año 2011, un 71,5% de los hogares españoles con al menos un miembro de 16 a 74 años disponía de ordenador y el 63,9% con conexión a Internet de los cuales, un 61,9% disponía de conexión de banda ancha⁵².
- ⤴ **Falta de familiaridad con el medio:** a pesar de contar con los requisitos materiales anteriores, el proceso puede resultar dificultoso si la persona en cuestión no está familiarizada con el entorno de Internet. Podría provocar una desigualdad entre las partes.
- ⤴ **Ausencia del encuentro cara a cara:** en mi opinión esta es la gran desventaja de los ODR. El que las partes puedan estar juntas en la misma habitación supone el máximo potencial de la comunicación. Influye tanto el lenguaje verbal como el no verbal. Es más sencillo deducir la actitud de otra persona cuando puedes observar sus movimientos que cuando no tienes esa posibilidad. Sabes si te escucha o no, si está comprendiendo, si está de acuerdo, si está enfadada, etc. También la mirada de otra persona aporta muchísimo tanto a nivel emocional como informativo o los matices del tono de voz empleado⁵³.
- ⤴ **Redefinición de normas de interacción:** consecuencia de la anterior es que el tercero deba aportar unas normas básicas de comunicación entre las partes. Estas deben comprender que cuando no hay indicios no verbales, el diálogo requiere de un esfuerzo extraordinario de claridad y sencillez para poder ser útil. Hay que tener cuidado con las

⁵¹ En esta misma línea, CORTI, G. y ROSSI, M., *La mediación...*, op. cit., p. 3

⁵² INE; Nota de prensa de 5 de octubre de 2011 sobre encuesta TIC-H2011. Disponible en www.ine.es/prensa/np678.pdf

⁵³ Sobre esta materia vid. FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación: resolución...*, op. cit.

ambigüedades⁵⁴.

- ⤴ **Problemas de confidencialidad y seguridad de las comunicaciones⁵⁵**: salvo en el caso de la videoconferencia, nunca se va a tener la certeza absoluta de que la persona que se ha identificado como parte es realmente quien dice ser⁵⁶.
- ⤴ **Dificultades del tercero para ganar la confianza de las partes⁵⁷**: es otra consecuencia de la ausencia del encuentro físico. Este tercero deberá adquirir unas nuevas habilidades que le permitan hacerse con esa confianza en aras a poder seguir adelante con el proceso de que se trate.
- ⤴ **Conflictos complejos con varias partes**: organizar un ODR, a excepción de la videoconferencia, en que haya varias partes puede resultar complicado porque se trata demasiada información que puede dar lugar a malentendidos por el momento en que se inserte en la conversación o porque distraiga del tema que se esté tratando en ese momento.
- ⤴ **Diferencias culturales enmascaradas**: en el medio online resulta sencillo que determinadas cuestiones se pasen por alto. Por ejemplo, sabemos que una compraventa puede entenderse diferente en España que en otro país pero no todo el mundo lo sabe ni tiene por qué saberlo.

Hemos visto algunas de las ventajas e inconvenientes que presentan los ODR. En mi opinión, será el caso concreto el que nos diga si un proceso online resulta más adecuado que una tramitación habitual de ADR. No obstante y sin haber visto todavía regulación sobre los ODR, podemos ya intuir una primera conclusión sobre ellos, y es que están previstos y orientados casi exclusivamente hacia los conflictos derivados del consumo. ¿Es esto una ventaja o un inconveniente? Vamos a examinar las previsiones europeas en esta materia y, con ayuda del capítulo IV, estaremos en condiciones de dar algunas pautas que permitan a cada uno dar respuesta a esta pregunta.

3. Desarrollo legislativo europeo

Uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea (en adelante UE) es el mercado interior o mercado único. Se trata de un espacio sin fronteras interiores en el que pueden circular libremente las personas, las mercancías, los servicios y los capitales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Es un elemento fundamental para la prosperidad, el crecimiento y el empleo en la UE. A fin de que cada ciudadano y cada empresa pueda obtener el máximo provecho del mercado único, la Unión se concentra en la eliminación de los obstáculos que dificultan su funcionamiento e intenta armonizar las distintas legislaciones, a fin de hacer frente de forma más adecuada a los desafíos que plantea la globalización y adaptarse al progreso, como por ejemplo las nuevas tecnologías.

Sobre esta base de eliminación de obstáculos y fomento del mercado se han ido desarrollando los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos y su vertiente electrónica, es decir, siempre girando en torno a la materia de consumo. Así, en la Resolución sobre la comunicación de la Comisión “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y a la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior” de 14 de noviembre de 1996⁵⁸, el Parlamento Europeo introduce unos criterios comunes que deben cumplir los métodos extrajudiciales de resolución de controversias en base a que, cada vez más, los Estados miembros

⁵⁴ Sobre esta materia *vid.* ESCANDELL, M.V., *Introducción a la pragmática*. Barcelona, Ariel, 2005.

⁵⁵ CORTI, G. y ROSSI, M., *La mediación...*, op. cit., p. 2

⁵⁶ CONFORTI, F., *Mediación electrónica...*, op. cit., p. 6-7 y CONFORTI, F., *La mediación electrónica, una oportunidad ahora al alcance de todos, sus claves para que funcione*. <http://www.diariojuridico.com/especiales-2/la-mediacion-electronica-una-oportunidad-factible-ahora-en-espana.html>, p. 4

⁵⁷ CORTI, G. y ROSSI, M., *La mediación...*, op. cit., p. 2

⁵⁸ DO C 362, 2.12.1996, p. 275

prevén la posibilidad de que el consumidor, además de la vía judicial, pueda acudir a dichos métodos. Estos deben garantizar la imparcialidad del órgano, la eficacia del procedimiento y la publicidad y transparencia en las actuaciones. Es por ello que solicita a los miembros, en colaboración con las organizaciones de consumidores y comerciales, que favorezcan la creación de ADR's referidas al consumo que simplifiquen los trámites de acceso a las mismas y respeten los principios recién mencionados.

Dos años más tarde, la Comisión de las Comunidades Europeas publica la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo⁵⁹, que ya hemos visto en el capítulo anterior. Lo importante es que esta disposición establece la creación por parte de la Comisión de una base de datos sobre los órganos extrajudiciales de solución de los conflictos en materia de consumo, lo cual supone el comienzo de la sistematización de las ADR. Además de esto, el principio de transparencia exige, entre otras cosas, que se informe a las partes sobre la comparecencia personal ante el órgano de resolución de conflictos. Si lo dice en sentido de acudir representado o en sentido de que tal comparecencia pueda resultar innecesaria (por ejemplo porque exista un medio online que le permita llevar a cabo las tareas necesarias), la Recomendación no es explícita. No obstante, el principio de eficacia sí hace mención expresa al tema de la posible representación de las partes, por lo que me inclino en el segundo sentido expuesto.

Tras esta primera regulación sobre consumo, el gran paso hacia los ODR se da con la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo⁶⁰. Se habla por fin de una red extrajudicial europea, que será la red EJE o *EEJ Net*, en la que tienen cabida tanto los mecanismos conducentes a la solución del litigio por intervención activa de un tercero que propone o impone una solución⁶¹ como aquellos en que el tercero facilita la resolución del litigio acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo⁶². Además de lo anterior, se invita expresamente y por primera vez a los Estados miembros a promover la creación de nuevos sistemas de solución de litigios, “en particular con una aplicación en línea”.

En cuanto a esta red EJE, su objetivo principal consiste en establecer una red de órganos nacionales de solución extrajudicial de los litigios para permitir una solución rápida y eficaz de los litigios de consumo transfronterizos mediante la utilización de los nuevos medios de comunicación, en especial Internet. No supone un marco electrónico en que las partes pueden llevar a cabo su procedimiento ODR, sino que se las dirige al organismo de resolución de conflictos y se las orienta respecto de la reclamación: qué modelo es el adecuado, su traducción, etc. La red está formada por los puntos de contacto designados por los Estados miembros, que vienen a ser centros de intercambio de información a los que acuden los consumidores. Cada Estado designará los suyos.

Además de esta existen otras redes funcionando como:

- ⤴ FINNET: red de cooperación entre los órganos nacionales de resolución extrajudicial de conflictos sobre servicios financieros.
- ⤴ CEC: estas siglas corresponden a Centros Europeos de los Consumidores. Es la fusión de la red EJE y Euroventanillas que se produjo en 2005.
- ⤴ SOLVIT: permite encontrar una solución extrajudicial a las denuncias de los consumidores y empresas relativas a una aplicación incorrecta de la legislación del mercado interior por las administraciones públicas.
- ⤴ Red judicial europea civil y mercantil: sus funciones son facilitar la cooperación entre los Estados miembros en estos ámbitos y la información a los ciudadanos sobre los

⁵⁹ DO L 115, 17.4.1998, p. 31

⁶⁰ DO C 155, 6.6.2000, p. 1

⁶¹ Son los recogidos en la Recomendación 98/257/CE..., op. cit. Recordemos que ésta hace referencia exclusiva a métodos extrajudiciales de resolución de conflictos equivalentes o lo más parecidos posible a la figura del órgano judicial, es decir, arbitraje y conciliación, de manera que deja fuera a la negociación y a la mediación.

⁶² La UE hará referencia a dichos métodos en la Recomendación 2001/310/CE que por fin incluirá la mediación entre ellos para resolver conflictos en materia de consumo.

distintos sistemas jurídicos de los miembros.

La siguiente disposición en apoyo a los medios electrónicos fue la Recomendación 2001/310/CE de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo⁶³, que también hemos visto con anterioridad. La novedad que presenta reside en la forma de plantear las ADR. Ya no se trata de que existan problemas en el mercado interior que se remedien con la creación de métodos de resolución no judicial de conflictos. Ahora se intenta ganar la confianza del consumidor como consecuencia del aumento de las transacciones transfronterizas, sobretudo debido a nuevas prácticas comerciales como el comercio electrónico, es decir, que se busca potenciar el mercado, y una forma de hacerlo es, según la Recomendación, facilitando el acceso, incluido por medios electrónicos, a medios prácticos, eficaces y poco onerosos para obtener indemnización.

Sigue la Recomendación diciendo que estos medios deberán ser accesibles para las partes, las cuales podrán utilizarlos con facilidad independientemente del lugar en que estén establecidas, de manera que está fomentando el uso de aplicaciones electrónicas.

En los años siguientes varios estudios y encuestas⁶⁴ realizados en la UE concluyeron que cada vez se usa más Internet como canal de venta y aún así, los consumidores no sacan todo el provecho posible de la variedad de productos y precios que ofrece el mercado interior porque no confían en poder obtener una reparación, o no siempre saben qué implican concretamente sus derechos, o no saben a quién dirigir sus reclamaciones, de manera que muchas veces sus problemas se quedan sin resolver. En 2010, el 71% de los consumidores consideraba que es más difícil resolver los problemas cuando la compra se ha realizado en el extranjero y el 39% no acudieron a los tribunales porque las cantidades objeto de la reclamación eran demasiado bajas respecto de los costes de un juicio. El mismo año, el 56,3% de las reclamaciones recibidas por la red de Centros Europeos del Consumidor (en adelante red CEC) estaban relacionadas con transacciones realizadas por Internet y de la totalidad de las reclamaciones recibidas, sólo un 9% pudo remitirse a un método extrajudicial de resolución de conflictos de otro Estado miembro porque en el resto de casos, dichos métodos no se consideraron adecuados por falta de calidad de los mismos. Por otra parte y también en 2010, sólo un 5% de los consumidores llevó su caso a uno de estos métodos y sólo el 9% de las empresas reconoció haber usado uno en alguna ocasión.

¿Qué significa todo esto? En mi opinión, los ciudadanos europeos tienen reservas grandes a la hora de comprar productos por Internet en general, y a esto hay que añadirle que la compra se hace en otro país, lo cual aumenta la desconfianza, por lo que suele tratarse de ventas cuyos importes son relativamente bajos. Cuando algo en la transacción sale mal y el comerciante se desentiende del problema, prefieren o acaban por “dejar estar” el asunto, ya que la pérdida no es tan grande y reclamarla supone una inversión en tiempo y dinero que no merece la pena. Los que conocen los métodos ODR y deciden reclamar, se encuentran con que estos no existen o no tienen la calidad que deberían, por lo que en muchos casos también se quedará el asunto sin resolver.

Ante este panorama, la UE mantiene que en los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos está el remedio pero considera que las Recomendaciones no son suficientes, por lo que sigue trabajando en ellos⁶⁵. Identifica los problemas de buen funcionamiento de lo que denomina

⁶³ DO L 109, 19.4.2001

⁶⁴ Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf, p. 8.

Special Eurobarometer 342: consumer empowerment. Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf p.184.

Flash Eurobarometer 300: retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection. Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/retailers_eurobarometer_2011_en.pdf, p. 76.

Special Eurobarometer 252: consumer protection in the Internal Market. Disponible en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs252_en.pdf, p. 55.

The European Consumer Centres' Network. 2010 annual report. Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/2010_annual_report_ecc_en.pdf

⁶⁵ Resumen de 29 de noviembre de 2011 de la evaluación del impacto que acompaña los documentos Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en

sistemas RAL (resolución alternativa de litigios) en:

- ⤴ **Lagunas en la cobertura de la RAL:** se dan carencias geográficas y sectoriales. Hay Estados miembros en los que apenas existen las entidades RAL o, de existir, quedan sectores específicos sin cubrir.
- ⤴ **Escasa sensibilización de consumidores y comerciantes:** los consumidores no están informados a cerca de este tipo de métodos de resolución de conflictos y los comerciantes, por su parte, tampoco ofrecen dicha información.
- ⤴ **Baja calidad de los sistemas RAL existentes:** en muchos casos, las entidades RAL existentes no respetan los principios básicos enunciados por las Recomendaciones.
- ⤴ **Escasas posibilidades de acceder a un sistema RLL (resolución de litigios en línea):** hay muy pocos sistemas RAL que oferten el procedimiento exclusivamente en línea, cosa que permitiría ahorrar tiempo y dinero.

Identificados los problemas, la UE se marca los siguientes objetivos:

- ⤴ **Generales:**
 - Mejorar el funcionamiento del mercado interior, incluyendo el mercado minorista digital
 - Conseguir un alto nivel de protección de los consumidores
 - Permitir a consumidores y comerciantes resolver sus litigios de manera efectiva
- ⤴ **Específicos:** la UE pretende garantizar:
 - Acceso a los sistemas RAL
 - Que consumidores y empresas conocen la existencia de los sistemas RAL
 - Que los sistemas RAL ofrezcan un servicio de calidad
 - La confianza de consumidores y empresas en un sistema RAL en línea

Para cumplir con ellos, se está preparando desde 2011 un paquete legislativo que incluye una Directiva sobre RAL, cuyo objetivo es garantizar que haya entidades de RAL en toda la UE que solucionen los litigios en materia de consumo, y un Reglamento sobre RLL que permita a consumidores y comerciantes acceder directamente a una plataforma en línea de resolución de litigios contractuales derivados de transacciones en línea transfronterizas. Vamos a ver estos instrumentos.

3.1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo)

Este instrumento consta de 25 artículos y pretende corregir las carencias de los actuales sistemas de RAL en los Estados miembros. Establece que el desarrollo de la resolución alternativa de conflictos es necesario para reforzar la confianza de los consumidores en el mercado interior y que debe basarse en los sistemas ya establecidos en los miembros y en el respeto a las tradiciones jurídicas.

Se aplica a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios contractuales derivados de la venta de mercancías o la prestación de servicios por parte de un comerciante establecido en la Unión a un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución de litigios que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa. Es decir, que debe tratarse de problemas surgidos en el seno de un contrato. No dice nada la propuesta sobre contratos consensuales o documentados, de manera que en principio, entiendo que ambos tienen cabida.

En cuanto al comerciante establecido y al consumidor residente, no se dice expresamente que deban ser Estados miembros diferentes, de manera que podría entenderse que la futura

Directiva será aplicable también en el caso de conflictos internos. Sin embargo no es así. La propuesta está pensada para litigios transfronterizos, tal y como se desprende de los documentos de trabajo que acompañan a esta propuesta⁶⁶. La cuestión es que se está intentando mejorar los sistemas de RAL nacionales en aras a su posterior contribución a los litigios transfronterizos. Entiendo que esto es la clave de la omisión producida en el ámbito de aplicación de la propuesta.

Respecto a los métodos de resolución de controversias, incluye a todos en general para excluir después de forma expresa a la negociación directa entre las partes. Parece lógico en el sentido de que esta ADR no requiere de una entidad que deba cumplir alguna función para que dicha negociación pueda funcionar. Basta con el diálogo de los participantes.

Otras exclusiones del ámbito de aplicación son los procedimientos en que las personas que deben resolver el litigio están empleadas exclusivamente por el comerciante, los sistemas de tratamiento de reclamaciones gestionados por el comerciante y los intentos realizados por un juez para solucionar el litigio en el marco de un procedimiento judicial. Parece que van dirigidas a preservar la imparcialidad del método y, en el último caso, a mantener la resolución extrajudicial de conflictos totalmente desligada del ámbito judicial, que es donde puede desplegar todo su atractivo de cara a los consumidores. Además de esto, hay otras exclusiones pero no constan en el articulado sino en los considerandos. Por ejemplo, el séptimo explica que las reclamaciones pueden ser del consumidor al comerciante o viceversa, estableciendo también la protección de la directiva a las empresas, pero que no debería aplicarse a los litigios entre comerciantes, materia cuya previsión legal queda a la decisión de cada Estado. También se excluyen según el considerando undécimo los arbitrajes creados fuera del marco de una entidad de RAL sobre una base *ad hoc* para un litigio único entre un consumidor y un comerciante. Por último, tampoco se recogen los litigios que abarquen a un comerciante y varios consumidores, sino que debe tratarse de conflictos uno contra uno, es decir, un consumidor y un comerciante.

Veamos ahora cómo se solucionan en concreto los problemas identificados por la UE.

3.1.1. Lagunas geográficas y sectoriales de las entidades de RAL.

A este respecto, el artículo 5 de la propuesta establece que los Estados garantizarán que los litigios puedan presentarse a una entidad de RAL que cumpla los requisitos de la misma y añade que se podrá cumplir esta obligación mediante la existencia de una entidad de RAL complementaria competente.

De esta manera, se respetan las entidades de RAL que ya existan en cada miembro y, para las contingencias no cubiertas por estas, se prevé que una única entidad pueda hacerse cargo de todo lo demás. Digamos que es un cajón de sastre de resolución extrajudicial de conflictos lo cual, si bien podría ser más complicado a la hora de organizarse por las dimensiones del organismo, presenta una ventaja económica muy grande, pues no hace falta crear una entidad de RAL por sector, sino que basta con esta.

Cubriendo estas lagunas deberían, por un lado, aumentar el número de litigios solucionados mediante sistemas de RAL y, por otro, disminuir el número de litigios no resueltos.

3.1.2. Escasa sensibilización de consumidores y comerciantes

La solución a este problema pasa por informar debidamente y con la mayor repercusión posible a los ciudadanos europeos. Dicha información va a proceder principalmente de las propias empresas lo que, en mi opinión (y también de la UE) favorece la imagen de tales comercios de cara al consumidor, aunque es cierto que va a suponer un gasto para ellos, ya que deberán modificar sus documentos corporativos. En todo caso, el hecho de que sean ellos quienes deban informar a los consumidores conllevará su propia sensibilización sobre el asunto.

⁶⁶ Resumen de 29 de noviembre de 2011 de la evaluación del impacto..., op. cit., y Comunicación de 29 de noviembre de 2011 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre Resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el Mercado Único, COM(2011) 791 final.

Así, las empresas estarán obligadas a informar a los consumidores sobre las entidades de RAL por las que están cubiertos y que son competentes para tratar los posibles litigios que pudieran surgir entre ellos, con indicación expresa de si se comprometen a usar tal mecanismo. Además deberán incluir las direcciones de las páginas web de estas, cómo puede accederse a más información y las condiciones para recurrir a ellas. Todo esto deberá constar en el sitio web del comerciante, si lo tiene, en las condiciones generales de contratación y en las facturas o recibos emitidos.

Por otra parte, también se establece la obligación de informar sobre las entidades de RAL disponibles por parte de las entidades de RAL en general, las asociaciones de consumidores, las asociaciones empresariales, los centros de la red CEC y organismos designados para la asistencia a los consumidores.

Finalmente, los Estados estarán obligados a velar por la asistencia a los consumidores para acceder a entidades de RAL competentes de otros Estados miembros. Sin duda esta asistencia se circunscribe al ámbito del litigio transfronterizo porque nada se dice de asistencia al consumidor cuando éste y el comerciante estén establecidos en el mismo Estado. Es decir, que en el caso de conflictos nacionales, únicamente los empresarios serán los que informen de manera más profunda a los consumidores. Sigue la propuesta señalando que esta tarea se podrá conferir a sus centros en la red CEC, asociaciones de consumidores u otros organismos.

3.1.3. Falta de calidad de los servicios prestados por las entidades de RAL

Para solucionar este problema, la UE considera que las entidades de RAL deberían cumplir con unos principios marco, a saber, imparcialidad, transparencia, efectividad y equidad. En este sentido, la propuesta regula unas condiciones mínimas que los Estados deben garantizar en sus entidades RAL para, posteriormente, regular específicamente dichos principios.

De esta manera, las entidades de RAL deberán tener una página web que permita la presentación de reclamaciones en línea, deberán poder intercambiar información con consumidores y empresarios por vía electrónica, deberán aceptar tanto litigios nacionales como transfronterizos y deberán proteger los datos personales conforme a la normativa europea.

De lo anterior se deduce la importancia de las comunicaciones electrónicas. Veremos con la propuesta de reglamento que el cumplimiento de estas condiciones es fundamental para el buen funcionamiento de lo previsto por dicho reglamento.

Por otra parte, parece que se está obligando a que todas las entidades de RAL cumplan con estos requisitos pero no es así. Recordemos que la propuesta de Directiva prevé dicho cumplimiento en la existencia de una entidad de RAL complementaria competente, es decir, que pueden seguir existiendo las demás pero no serán calificadas de calidad y, desde luego, no se les remitirán asuntos transfronterizos de la UE.

En cuanto a los principios, se regulan en los artículos 6 a 9 de la propuesta. El primero de ellos trata los conocimientos especializados y la imparcialidad. En concreto, señala que la persona a cargo de la resolución del conflicto deberá estar en posesión de los conocimientos, competencias y experiencia necesarios en la resolución alternativa de litigios, no podrá ser relevada de su tarea sin causa justificada y no podrá tener ningún conflicto de intereses con cualquiera de las partes. Además, cuando se trate de un órgano colegiado, el número de representantes de los intereses del consumidor deberá ser idéntico al de representantes de los intereses del comerciante. Lo que realmente se está regulando en este artículo es una mezcla del principio de independencia de la Recomendación 98/257/CE con el principio de imparcialidad de la Recomendación 2001/310/CE pero atenuados⁶⁷.

Respecto al principio de transparencia, enlaza sutilmente con el problema de sensibilización de consumidores y empresas, ya que ambos se centran en la información. Por ello, la transparencia

⁶⁷ En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva, de 28 de marzo de 2012, recomienda que “el principio de independencia no sea sustituido por un vago «principio de la imparcialidad», menos preciso, de contenido distinto y de diferente naturaleza”.

de las entidades RAL pasa por que informen, tanto en sus locales como en red, sobre: las personas a cargo de la resolución de conflictos, el método de su nombramiento y la duración de su mandato, fuentes de financiación de la entidad, participación de ésta en redes de litigios transfronterizos, tipos de litigios que puede tratar, reglamento interno, idiomas de la reclamación y del procedimiento, normas que se usan en la resolución del conflicto, requisitos previos que las partes deben cumplir, posibles costes, duración aproximada del procedimiento, efecto jurídico del resultado e informes anuales de actividad. Es decir, lo importante es tener la posibilidad de conocer a fondo a la entidad. No obstante, en ningún sitio se establece la obligación de dar esta información a las partes. Entiendo que determinadas cuestiones como las fuentes de financiación, por ejemplo, puedan no interesar a todas las personas que acudan a la entidad pero considero que, en todo caso, debería informarse a los participantes sobre los tipos de litigios, los idiomas aceptados, los requisitos previos, normativa aplicable, costes, duración y efecto jurídico ya que, una vez decidido que se va a acudir a una de estas entidades, es información puramente práctica.

El siguiente principio es la efectividad, que se traduce en que el procedimiento debe ser fácilmente accesible para las partes con independencia del lugar en que se encuentren (lo cual fomenta los procesos online), las partes no estarán obligadas a utilizar representante no obstante lo cual, podrán acudir representadas, el procedimiento será gratuito o poco gravoso para los consumidores y, por último, el litigio deberá resolverse en un plazo máximo de 90 días desde la recepción de la reclamación por parte de la entidad, salvo por la complejidad del asunto. Llama la atención el hecho de que se establezca que el procedimiento será gratuito o poco gravoso para el consumidor pero nada se dice respecto de la empresa. Tal vez se pretende la afiliación de los comerciantes a las entidades de RAL de forma que estos contribuyan de alguna manera al sostenimiento económico de la entidad o simplemente para fomentar el uso de las ADR por las empresas. En todo caso, esta cuestión me parece que está muy reñida con la imparcialidad. Recordemos que se excluye del ámbito de aplicación de la propuesta los casos en que quienes resuelven están empleados exclusivamente por el comerciante y aquellos sistemas de tratamiento de reclamaciones gestionados por el comerciante. En mi opinión debería garantizarse que las empresas no puedan hacerse con cierta parcela de poder en las entidades de RAL que les pudiera permitir desequilibrar la balanza en su favor, porque entonces toda la regulación de la UE no habría servido para nada.

El último de los principios hace referencia a la equidad. En general, se conseguirá si las partes tienen idénticas posibilidades de expresar sus puntos de vista y oír lo dicho por el otro o por expertos y el resultado consta por escrito o en soporte duradero y se explican las razones en que se basa. Según esto, la equidad se logra a través de la contradicción y la motivación.

Además, en el caso de que la solución no venga impuesta, la equidad exige que antes de aceptar la solución propuesta se informe a las partes sobre su efecto jurídico y se les otorgue un plazo razonable de reflexión. El consumidor deberá ser informado de que no está obligado a aceptar, de que la solución propuesta puede ser menos favorable que la que obtenga en un tribunal y que pueden buscar asesoramiento independiente.

Una vez más, me parece que la futura directiva se olvida del empresario. ¿O es que es sólo el consumidor el que puede rechazar la solución propuesta, obtener en un tribunal una solución más favorable o acudir a un asesor independiente? Creo que sería conveniente modificar la información al consumidor por la información a las partes. Además de esta consideración, el Dictamen del CESE sobre la propuesta de Directiva señala que han quedado fuera de regulación los principios de legalidad y libertad y sólo se dejan entrever los de contradicción y representación.⁶⁸

⁶⁸ Contiene este dictamen otras cuestiones como la oportunidad regular esta materia a través de un reglamento, la falta de claridad en algunos puntos, la omisión de los requisitos exigibles a los terceros intervinientes, la inclusión explícita de los conflictos colectivos o la prevalencia del derecho de acceso a la justicia. Propone además, con mucho acierto en mi opinión, la creación de una “marca europea de conformidad” al estilo de la “marca de confianza” española que identifique a los comerciantes que reúnan los requisitos de calidad y sin coste alguno para estos.

Finalmente, contiene la propuesta unas disposiciones sobre seguimiento de las entidades de RAL de cara tanto a mantener los requisitos que se les exigen como a la detección de deficiencias que puedan revisarse más adelante, y prevé que los Estados deberán establecer un régimen de sanciones aplicable a las infracciones nacionales en materia de información a los consumidores e información que las entidades RAL deben aportar a las autoridades. Resulta atípico que se imponga la obligación de sancionar pero esto tiene su explicación en el hecho de que el cumplimiento a nivel nacional de esta Directiva será la base necesaria para el cumplimiento del futuro Reglamento sobre RLL en materia de consumo.

Por último, me gustaría hacer una pequeña mención a las modificaciones que se prevén en el Reglamento (CE) nº 2006/2004⁶⁹, sobre cooperación en materia de protección de consumidores y la Directiva 2009/22/CE⁷⁰, sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Parece ser que lo único que pretende la propuesta es que ambos instrumentos hagan una referencia a ella a fin de, por un lado, reforzar la cooperación transfronteriza en la aplicación de la nueva Directiva y, por otro lado, garantizar la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Pasamos a continuación a ver la Propuesta de Reglamento.

3.2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo)

Esta propuesta consta de 18 artículos y pretende dar respuesta al problema de la resolución alternativa de litigios para las transacciones transfronterizas de comercio electrónico. ¿Cómo se hará? Pues a través de la creación de una plataforma a nivel europeo que facilite la resolución no judicial en línea de litigios transfronterizos entre consumidores y comerciantes, denominada por el futuro Reglamento como “plataforma RLL”.

Esta plataforma será una página web gratuita y accesible en todas las lenguas oficiales de la UE en la que se podrá obtener impresos de reclamación, consultar información sobre las entidades de RAL que cumplen los requisitos de calidad, obtener información general sobre resolución alternativa de conflictos y consultar estadísticas.

No obstante, no son estas posibilidades las más importantes, sino que esta plataforma será capaz de proponer a las partes las entidades del RAL competentes para solucionar su caso informándoles además sobre sus tarifas, idiomas y duración aproximada. También transmitirá la reclamación a la entidad de RAL correspondiente y será el marco virtual en que llevar a cabo la ADR en línea. Por último, proporcionará a las entidades de RAL un impreso electrónico que éstas usarán para informar a la plataforma, aportándole datos que luego serán estadísticas.

Asimismo, se prevé la creación de una red de moderadores que se encargarán de complementar a la plataforma. Se nombrarán al menos dos por Estado y formarán lo que la propuesta denomina punto de contacto. Su misión consiste en facilitar comunicaciones entre las partes y la entidad de RAL, informar a los consumidores de otras vías de reparación en caso de que la plataforma no trate su caso, informar a las partes de las ventajas e inconvenientes de las entidades de RAL propuestas cuando haya varias que resulten competentes y presentar informes de actividad a la Comisión con carácter anual.

Entonces, ¿cómo funciona todo esto? En primer lugar la parte reclamante, ya sea consumidor o comerciante, obtendrá de la plataforma el impreso electrónico de reclamación y, una vez cumplimentado, lo remitirá de nuevo a dicha plataforma junto con los documentos que considere necesarios siempre que se encuentren en formato electrónico. Los datos que se solicitarán

⁶⁹ Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (“Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores”). DO L 364 de 9.12.2004, p. 1.

⁷⁰ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. DO L 110 de 1.5.2009.

en dicho formulario son:

- ⤴ **Datos de contacto del reclamante y del reclamado:** incluyendo sitio web, en su caso.
- ⤴ **Indicación de roles de reclamante y reclamado,** es decir, se trata de señalar si el reclamante es el consumidor o el comerciante y lo mismo para la parte reclamada.
- ⤴ **Tipo de mercancía o servicio que ha dado lugar a la reclamación**
- ⤴ **Motivos en que se basa la reclamación**
- ⤴ **Residencia del consumidor en el momento de encargar la mercancía o servicio:** la propuesta no indica nada al respecto pero deduzco que la inclusión de este dato responde a la determinación de la entidad de RAL competente.
- ⤴ **Método de comunicación utilizado para ofertar la mercancía o servicio y método utilizado para encargarla**
- ⤴ **Lugar en que se hizo la oferta o se entregó la mercancía o prestó el servicio o lugar donde esté la sucursal o agencia, en su caso:** me remito a lo dicho respecto del lugar de residencia del consumidor en el momento de encargar la mercancía o servicio.
- ⤴ **Idioma del contrato:** se empleará dicho idioma para la primera comunicación de la plataforma al comerciante.
- ⤴ **Entidades de RAL que el comerciante se haya comprometido a utilizar, si se conocen:** esta información podría resultar complicada de obtener. No obstante, recordemos que la propuesta de Directiva obliga a los comerciantes que oferten sus bienes y servicios por Internet a hacer constar dicha circunstancia en sus documentos corporativos, por lo que no debería haber problema para aportar este dato.

A continuación, la plataforma informará a la partes sobre las entidades de RAL competentes basándose en los datos de la reclamación. Además advertirá de que deben ponerse de acuerdo en utilizar una de ellas ya que, si no lo hacen o no hay ninguna competente, su litigio no será tratado. También informará sobre los datos del punto de contacto y sus funciones e invitará a las partes a seleccionar entidades de RAL de entre las disponibles, si bien el consumidor no está obligado a hacer dicha selección. Cuando se pongan de acuerdo, la plataforma enviará automáticamente la reclamación a la entidad de RAL elegida.

Una vez que la reclamación llega a la entidad de RAL competente, ésta lo notificará a las partes y les informará sobre sus tarifas y reglamento interno. Si siguen interesadas en tramitar el ODR, se hará en un plazo máximo de treinta días, salvo que por la complejidad del asunto la entidad amplíe el plazo.

Por último, la entidad de RAL competente remitirá a la plataforma información estadística, como es la fecha de recepción y objeto del litigio, la fecha de notificación del litigio a las partes y la fecha de conclusión del procedimiento y su resultado.

El resultado que la UE pretende obtener de esta propuesta es que tanto consumidores como empresas europeas dispongan de una vía sencilla, rápida y barata para resolver litigios derivados de transacciones transfronterizas en línea, de manera que los primeros podrán pedir reparación y obtener compensaciones, mientras que las segundas podrán mantener su reputación y evitar elevados costes de litigios.

La previsión es que esta plataforma entre en funcionamiento a principios de 2015, de forma que se haya dado tiempo a los Estados miembros a transponer la Directiva de RAL en materia de consumo. Así, en el momento en que se empiece a trabajar con la plataforma, todas las entidades de RAL estarán conectadas a ella. De ahí la importancia que comentaba anteriormente al hablar de las sanciones de la propuesta de Directiva. Se trata de que una transposición incompleta o tardía afectará a todo el sistema de la plataforma y por ello se ponen todos los esfuerzos en evitar que así sea.

Sin embargo, el Comité Económico y Social Europeo no considera que esta propuesta sea adecuada⁷¹. La tilda de engañosa y por debajo de lo deseable y posible. Según este órgano, se limita

⁷¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de

a crear una especie de “sello de correo electrónico” o “buzón en línea” al que se dirigen las reclamaciones y no es realista con los plazos. Manifiesta su desacuerdo con la exclusión del uso de la plataforma para los conflictos nacionales y aquellos que se generaron offline y señala que dicha plataforma debería tener una conexión con los “libros de reclamaciones en línea” que los comerciantes tendrían que crear.

Capítulo III. Mediación: problemas de la transposición de la Directiva 2008/52/CE al Ordenamiento Jurídico español

Este capítulo lo vamos a dedicar al proceso de transposición de la Directiva europea a la legislación española de manera que, una vez analizada dicha Directiva en el capítulo I, podremos exponer un panorama general de la situación de la mediación en nuestro país desde el Proyecto de 2011 hasta la actual Ley de Mediación de 2012 que incluya las regulaciones autonómicas.

1. Desarrollo de la mediación en España: las C.C.A.A.

La mediación lleva años funcionando en nuestro país pero hasta ahora ha sido en un discreto segundo plano y, por supuesto, sin un marco jurídico que le diera cobertura, es decir, que hasta las primeras regulaciones autonómicas, estamos hablando de una mediación no oficial. Estas leyes autonómicas comenzaron a hacer su aparición en 2001, lo cual supone un adelanto de diez años respecto de la obligación impuesta por la Directiva europea de 2008 y respecto de las primeras medidas reales que tomó el legislador estatal español⁷².

Cabe plantear entonces cómo iban a encajar estas normas autonómicas con la ley de mediación que en su día aprobase el Estado y que resultaba obligatoria no sólo por la Directiva, sino también y con carácter previo, por la Disposición Final 3ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que indicaba que “el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”. Es curioso que esta disposición haga referencia a la normativa europea porque en 2005 lo único que existía a este nivel sobre mediación eran recomendaciones y el Libro Verde que hablaba de las ADR en general, de lo cual concluyo que el legislador español tenía una intención más que buena hacia esta herramienta. Además, se asegura el respeto a las mediaciones autonómicas. Publicada la ley estatal, todavía no ha sido necesario realizar modificaciones en el articulado de las normas de las Comunidades para adaptarse a ella.

La solución al problema de encaje es más sencilla de lo que parece, y es que los títulos competenciales en que se amparan una y otras son diferentes. La ley estatal se acoge a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal -artículo 149.1.6ª CE- y civil -artículo 149.1.8ª CE-, mientras que las normas autonómicas han legislado la mediación en virtud de su competencia en materia de asistencia social -artículo 148.1.20ª CE. Es decir, las Comunidades Autónomas han tomado un criterio de prudencia y básicamente se han limitado a regular, en palabras del Dictamen de Estado 2222/2010⁷³, “la organización de los servicios de mediación, regulando sus propios procedimientos, el funcionamiento de los registros, las normas deontológicas y el procedimiento sancionador”. Ello significa que cuestiones relativas a los efectos procesales, como el efecto de cosa juzgada, la ejecutividad de los acuerdos o los efectos de caducidad y prescripción, se dejan en manos del legislador estatal.

No obstante, en la práctica sí que hay un problema: trece leyes autonómicas de mediación sin un marco común han dado lugar a trece tipos distintos de mediación, a pesar de que todas ellas, con excepción de la catalana y la cántabra, hacen referencia a la mediación familiar única y exclusivamente. Para poder hacernos una idea, vamos a examinar sólo los conceptos de mediación que cada una de esas leyes aporta.

La Ley gallega⁷⁴ define la mediación familiar acotada a la problemática matrimonial o de

⁷² La fecha límite de transposición fue el 21 de mayo de 2011, salvo el artículo 10 de la Directiva al cual debía darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010.

⁷³ Dictamen de Estado 2222/2010, de 17 de febrero de 2010, sobre Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁷⁴ Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar (Galicia).

pareja. Ello supone que en Galicia la mediación sirve para regular los efectos de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio o la ruptura de la unión y, de forma casi residual, los conflictos de convivencia. La Ley va dirigida principalmente a quienes deseen poner fin al vínculo que los une. Además, restringe el concepto a los únicos efectos de la Ley que la contiene.

Resulta llamativo que la mediación es para Galicia la intervención del mediador y no el método de gestión del conflicto. Dice la Ley que estos mediadores realizarán funciones de cooperación y auxilio a las partes para ofrecerles una solución pactada pero ¿puede un mediador ofrecer una solución? ¿Es ese su cometido? Yo creo que no. La Ley gallega se está apartando de lo dicho por la Directiva europea y, yendo más allá, está regulando una figura diferente de la mediación en la que el tercero sí tiene un cierto poder de decisión. Es una figura que encaja con una conciliación, lo cual no deja de ser desconcertante cuando ha relegado a una categoría residual la posibilidad de mediar en conflictos derivados de la convivencia. Quiero decir que esta ley está prácticamente excluyendo de su ámbito de aplicación cualquier conflicto que no sea directamente la ruptura de la pareja. De la lectura de la Ley se desprende que la reconciliación, que se nombra, es casi una ficción⁷⁵. De hecho, indica que la finalidad de la mediación es asesorar y acercar posiciones en orden a regular “los efectos de la separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, o bien la ruptura de su unión”.

Por su parte, la Ley valenciana⁷⁶ cambia mucho el registro respecto de la norma gallega. Para esta Comunidad, la mediación familiar vuelve a ser un procedimiento para la solución de los conflictos, y añade la coletilla “surgidos en su seno”. Hace una remisión a ninguna parte. No obstante, entiendo que se refiere al seno de la familia y, por tanto, se refiere a conflictos allí surgidos, puesto que es el ámbito de aplicación de la Ley.

Orienta la mediación a la apertura de vías de diálogo y la búsqueda del acuerdo por las partes conforme a la voluntariedad, extrajudicialidad y cualificación, imparcialidad y falta de capacidad de decisión del mediador o mediadores, ya que prevé que puedan ser varios los que intervengan en el procedimiento.

La Ley canaria⁷⁷ ofrece una definición concreta que señala, como novedad, características del acuerdo. Según su artículo 2, la mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario para facilitar el diálogo y la búsqueda por las partes de un acuerdo. Obsérvese que el acuerdo vuelve a ser prioritario. Para ello interviene un mediador familiar con tal denominación, que es un tercero acreditado sin capacidad de decisión que se encarga de informar, orientar y asistir a los familiares en conflicto.

En cuanto a la referida novedad del acuerdo, establece la Ley que éste debe ser justo, duradero y estable en aras a evitar la vía judicial o poner fin a un procedimiento judicial ya iniciado o reducir su alcance. La idea es moralmente loable pero en la práctica, ¿qué mecanismos existen para determinar la justicia de un acuerdo? ¿Cuánto tiene que prolongarse en el tiempo para tener la consideración de duradero? ¿Se identifican durabilidad y estabilidad? La respuesta a la primera pregunta va a depender de las partes porque lo único que se exige al acuerdo es que cumpla con los requisitos de validez de los contratos (artículo 14). La justicia es un término gradual pero de difícil determinación en el sentido de que sólo se puede “medir” esa justicia en el fuero interno de cada persona. Es algo que las partes sentirán o no pero en ningún caso se podrá concretar por un método objetivo externo a la persona. En cuanto a la duración, tampoco la Ley prevé nada. Parece lógico

⁷⁵ GARCÍA, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid, La Ley, 2009, p. 65-66. Explica la autora que la ley gallega prevé la posibilidad de reconciliación pero que ésta queda muy atenuada por la publicación de la Ley 11/2007, de Violencia de Género de Galicia. Al respecto, *vid.* TENA, I., “Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida”. *Actualidad Civil. Revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal*. Julio de 2012, nº 13-14, p. 1469-1490. Señala el autor con razón que si la actividad del mediador debe ser facilitar la comunicación entre los protagonistas del conflicto, nada impide que se obtenga como resultado, en lugar de una ruptura más o menos consensuada, un acuerdo de tal naturaleza que consista en la recuperación de la armonía perdida. Añade, no obstante, que en la práctica, no resulta así.

⁷⁶ Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

⁷⁷ Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (Canarias).

atribuir al acuerdo las cualidades de duración y estabilidad queriendo significar, precisamente, que el asunto no acabará en vía judicial, es decir, que estos conceptos están más relacionados con la satisfacción de las partes respecto de la solución pactada que con términos reales de duración y estabilidad. No existe un plazo legal durante el cual el acuerdo sea considerado “bueno” u “óptimo”, sino que se trata de que las partes sientan que realmente han resuelto su problema.

Por otra parte, dice la definición que el mediador familiar es un tercero debidamente acreditado. ¿Qué clase de acreditación se le exige? El problema que veo en esto es que no existe un “colegio de mediadores” que pueda responder y respaldar a sus colegiados. No obstante, el artículo 5 de la propia ley canaria parece resolver esta intriga. Dice éste que el mediador deberá tener una titulación en Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras ciencias sociales y estar colegiado, en su caso. Además deberá acreditar formación específica y estar inscrito en el Registro Público de mediadores familiares de Canarias. En resumen, la debida acreditación puede consistir en demostrar que se tiene la titulación, la colegiación, la formación específica y el registro. Conste que la exigencia de titulación universitaria es contraria, en mi opinión, a lo expuesto por la Directiva europea que definía al mediador “independientemente de su denominación o profesión”, pese a que personalmente crea que sí resulta necesaria.

La legislación de Castilla-La Mancha⁷⁸ introduce la novedad de calificar a la mediación como un servicio social especializado⁷⁹. Esta mención, además de encajar muy bien con el título competencial antes desarrollado, comporta elementos como la voluntariedad de uso y el coste mínimo del servicio por ser público. Lo más importante de esto es que el precepto obliga a la administración a garantizar el acceso de la población a dicho servicio. Apunta además que es un método de resolución extrajudicial de conflictos en la línea general de definición de las ADR y que es de ámbito familiar.

Consiste en la intervención de un mediador imparcial, neutral y profesional cuya función es orientar, asesorar y auxiliar en la negociación del acuerdo. Es interesante la introducción del término negociación, puesto que es otro de los sistemas ADR. En este caso, la Ley manchega apunta en la dirección de la mediación como negociación asistida por el mediador y, en todo caso, a la consecución de un acuerdo como fin prioritario. Aparece también el término “profesional” que engarza de nuevo con la polémica de la formación de los mediadores. Este legislador ha sido más audaz que el canario porque, si bien ha establecido las concretas titulaciones universitarias que dan acceso a la condición de mediador, también ha introducido una excepción de cara a la ley de mediación que estaba por llegar. Es llamativo que no pide formación específica en mediación familiar.

En cuanto a la Ley de Castilla y León⁸⁰, vuelve a definir la mediación al estilo de la Ley gallega, es decir, como la intervención profesional del mediador en el conflicto familiar. Este conflicto sigue haciendo referencia a los casos de ruptura de vínculos principalmente, si bien permite incluir casi de forma residual otros conflictos en el seno de la familia tal y como establece el artículo 3, pero acotados a la existencia de un litigio.

Lo realmente llamativo de esta definición es el objeto de la mediación. Se trata en esta ocasión de crear un marco de comunicación que facilite a las partes la gestión no contenciosa del problema, lo cual desplaza la consecución del acuerdo tal y como hemos visto hasta ahora. Este objetivo de la mediación es importante en la medida en que busca cuidar la relación futura de las partes. Estas partes no acuden a la mediación para obtener un acuerdo a toda costa, sino que van para aclarar sus problemas, para comunicarse. El efecto emocional de este tipo de mediación es que las partes, cuando consigan deshacer malentendidos y expresarse claramente entre ellas, van a sentirse bien consigo mismas y mejor con la otra parte porque han sido capaces de comunicarse en el ámbito de su conflicto, cosa que hasta el momento de empezar la mediación no habían sido capaces de hacer ya que, si hubieran podido, es muy probable que no hubieran acabado ante un

⁷⁸ Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (Castilla-La Mancha).

⁷⁹ GARCÍA, I., *La mediación familiar...*, op. cit., p. 74

⁸⁰

Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

mediador. De esta manera resulta mucho más sencillo el que puedan llegar a un acuerdo de forma natural y no como algo impuesto externamente⁸¹. Hablando de conflictos que consisten en la mayoría de los casos en rupturas, es de máxima importancia que las partes mantengan, como mínimo, un respeto mutuo de cara a la liquidación del régimen económico pero sobretodo, si tienen hijos menores porque son estos los que acaban pagando las consecuencias, a veces a un precio muy alto, de un problema que no han generado. No obstante, aunque la base de esta mediación es muy buena, el texto de la ley permite intuir un trasfondo de evitación del proceso judicial. ¿Tal vez por la congestión de los tribunales?

La Ley madrileña⁸² establece que la mediación es un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares. ¿Por qué hacer mención a la resolución positiva además de a la gestión? ¿Son cosas distintas? Según la Real Academia Española de la Lengua, gestionar es “hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”. Tal vez el legislador madrileño ha considerado que la mediación consiste en hacer diligencias conducentes al logro de lo que las partes quieran respecto del conflicto pero, ¿puede una persona desear un mal final para un problema que le afecta? Parece que ante la duda, este legislador ha preferido complementar y concretar el término en el sentido de que la mediación irá siempre dirigida a lo que él llama la resolución positiva de tensiones o conflictos, es decir, que está excluyendo una posible mala fe en el uso del procedimiento, lo cual es absolutamente loable y a veces necesario, sobretodo para el caso de que haya menores de por medio. Así lo corrobora el artículo 10.b) que establece la buena fe como deber de las partes. No obstante, parece que queda en una recomendación moral puesto que no existe sanción alguna por el empleo de mala fe de la mediación, tal y como se desprende de la lectura del Título IV de la ley.

Respecto de la finalidad de la mediación, consiste en favorecer las vías de comunicación y en la búsqueda de acuerdos consensuados, por lo que está aunando los dos objetivos que aparecen en el resto de leyes vistas hasta el momento.

La Ley asturiana⁸³ hace una mezcla extensa de lo visto anteriormente. Allí, la mediación es un procedimiento extrajudicial y voluntario cuya finalidad es solucionar conflictos familiares. Muy correcto. Lo más interesante es que esta Ley define de manera taxativa dicho conflicto familiar. Su artículo 3 apunta a un conflicto familiar en sentido amplio que no sólo se circunscribe a las rupturas de parejas y matrimonios tal y como viene siendo el conflicto principal en otras leyes. Es una gran novedad respecto de otras leyes porque va a permitir someter a mediación cuestiones como una reconciliación de los miembros de la pareja o el “conflicto generacional” entre padres e hijos, por ejemplo.

Establece además expresamente que la finalidad de la mediación es solucionar esos conflictos pero, ¿qué se entiende por solucionar un conflicto? El mismo artículo 2 da la respuesta cuando señala que el mediador facilitará el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo, al estilo de la Ley canaria⁸⁴. Me remito a lo visto entonces respecto de las características del acuerdo pero, ¿llegar a un acuerdo es solucionar el conflicto? Mi respuesta sigue siendo no porque no se está cuidando la relación de las partes como hace la Ley leonesa. Antes o después surgirá algo imprevisto en el acuerdo. Tal vez sea una nimiedad pero tal vez sea la chispa que haga que las partes hostiles inicien un procedimiento judicial o, simplemente, dejen sin validez el acuerdo de mediación, encontrándose entonces en la situación de partida pero con un gasto emocional extra.

La Ley de País Vasco⁸⁵ dice en su artículo 1.2 que la mediación es el procedimiento voluntario y dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir el

⁸¹ BARUCH, R., y FOLGER, J., *La promesa...*, op. cit., p. 129 ss

⁸² Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

⁸³ Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.

⁸⁴ Esto explicaría la inquietud de GARCÍA, I., *La mediación familiar...*, op. cit., p. 92. Señala que la ley asturiana hace referencia, en primer lugar, a la ley canaria y luego al resto por orden cronológico, por lo que ha extraído a la canaria de dicho orden. Tal vez tenga que ver con la posibilidad de que el legislador asturiano haya tomado a ésta como base o modelo para la redacción de su propia ley.

⁸⁵ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (País Vasco).

conflicto familiar. Por un lado cabe destacar que se trata de un procedimiento dialogado. Parece que la existencia del diálogo implica oralidad, por lo que se está excluyendo la posibilidad de llevar a cabo una mediación por escrito, como puede ocurrir con la versión online de este método que actualmente está en plena expansión. Por otra parte, la finalidad de encontrar soluciones aceptables que permitan concluir el conflicto vuelve a ser un concepto indeterminado. ¿Qué se entiende por solución aceptable? Será aceptable en la medida en que las partes consideren que lo es, por lo que dependerá de cada caso. De todas formas, este término está haciendo referencia a la consecución de un acuerdo tal y como se desprende de la propia Ley por su artículo 6.

El siguiente apartado del artículo 1 es la gran novedad de esta Ley. Habla de una mediación familiar integral que supone la coordinación de la mediación ya explicada con el resto de servicios sociales y sistemas de protección social de cualquier ámbito necesarios para la atención al conflicto familiar. Es una mediación interdisciplinar y amplia que, sin duda, es el mejor apoyo posible a la familia por parte de la Administración. No obstante y con las circunstancias económicas actuales, su aplicación efectiva dependerá enteramente de los recursos disponibles de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, la tipología de conflictos objeto de la mediación vasca es extensa, tal y como establece el artículo 5, y no circunscrita a la ruptura de la pareja.

La Ley andaluza⁸⁶ define mediación como un procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos entre miembros de la familia o grupo convivencial con el fin de llegar a un acuerdo equitativo, justo, estable y duradero en el sentido de las leyes canaria y asturiana. Llamam la atención dos cosas: la primera es la mención a la ausencia de violencia en el conflicto y la segunda, la posibilidad de solicitar la mediación para grupos convivenciales.

En cuanto a la violencia, muchas leyes excluyen del ámbito de aplicación de la Ley los conflictos en que medie violencia de cualquier tipo entre miembros de la familia pero hasta ahora no se ha incluido en la definición. Me parece importante que se haga manifiesto puesto que una mediación en que las partes no sean iguales (y cuando hay violencia de por medio nunca lo son), llevará a fomentar la situación de desigualdad en el sentido de que una parte podría aprovecharse de la otra con lo que ello conlleva de cara a posibles menores implicados, a parte de la responsabilidad penal que pudiera tener la parte en cuestión. Sí puede tener sentido una mediación penal en que autor y víctima se reúnen para comunicarse porque tal vez de esa manera, la víctima pueda llegar a comprender por qué le ha pasado el hecho de que se trate y, el autor pueda ser consciente del daño y dolor que ha causado con su conducta⁸⁷, pero no en un ámbito familiar cuando lo que se trata de hacer es llegar a un acuerdo equitativo tal y como señala la Ley que incluso puede afectar a otras personas que podrían quedar desprotegidas ante un hipotético acuerdo autor-víctima.

Respecto a los grupos convivenciales, me parece muy interesante su inclusión en el ámbito personal de la Ley. No obstante no se define el concepto y el artículo 3 no incluye más que a personas unidas por vínculo familiar y parejas de hecho. Deja fuera a grupos que, si bien no conforman una familia al estilo tradicional, sí son un colectivo extenso en convivencia bien capaz de generar conflictos. Pensemos por ejemplo en estudiantes que comparten piso. En muchas ocasiones apenas se conocen cuando se van a vivir juntos y la convivencia no es un asunto para tomar a broma. Cualquier persona sabe que toda convivencia pacífica requiere de un esfuerzo por parte de todos los miembros de la unidad. ¿No son ellos un grupo convivencial? O también las comunidades de vecinos. ¿Quién no ha salido espantado de su primera reunión de vecinos? ¿No es un grupo convivencial que necesita extraordinariamente una forma pacífica, rápida y extrajudicial de gestionar sus conflictos? Me parecen unos candidatos ideales a los efectos de la mediación.

La Ley catalana⁸⁸ adopta un concepto más amplio de mediación. De hecho, es la única junto con la cántabra que va más allá de la mediación familiar. Se trata de la integración de ésta con una mediación civil en sentido extenso. El artículo 1 define en general mediación como un procedimiento no jurisdiccional, voluntario y confidencial dirigido a facilitar la comunicación entre

⁸⁶ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁸⁷ RÍOS, J.C., *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*. Disponible en <https://sites.google.com/site/aamediacionypacificacion/materiales>

⁸⁸ Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado (Cataluña)

personas, para que puedan gestionar por ellas mismas una solución al conflicto con asistencia de un mediador. Esta facilidad de comunicación es el objetivo prioritario en idéntico sentido al de la Ley leonesa, es decir, que lo importante es la relación entre las personas en conflicto. Estas partes del conflicto serán las que decidan cómo resolver su conflicto pero nada en la definición hace pensar en un acuerdo como objetivo fundamental. De hecho, el artículo 2 incluye en muchos de los tipos de conflicto que pueden someterse a mediación aquellos que denomina conflictos de relación, realzando la figura de la persona por encima de la del acuerdo.

En parte consecuencia de lo anterior es que la tipología de conflicto es mucho más extensa en esta Ley, puesto que no sólo abarca la mediación familiar, sino que también integra esa mediación civil que se encarga de conflictos relacionales en asociaciones y fundaciones, en el ámbito de la propiedad horizontal y urbanizaciones y en la convivencia ciudadana o social, conflictos consecuencia de la multiculturalidad y otros en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro⁸⁹.

Esta Ley pretende evitar el planteamiento judicial del conflicto, finalizar el ya planteado o minimizar su alcance.

La Ley balear⁹⁰ dispone que la mediación es un método de gestión pacífica de conflictos. Parece innecesaria la mención al pacifismo del procedimiento porque vivimos en una sociedad que condena la violencia, por lo que es lógico pensar que ninguna de nuestras leyes va a regular un procedimiento que no cuente con esa característica.

Igual que en otras leyes ya vistas, la balear pretende evitar procesos judiciales, cerrar los abiertos o reducir el alcance de los mismos mediante la apertura por el mediador de vías de diálogo y la obtención de acuerdos justos, duraderos y estables, por lo que no presenta ninguna novedad respecto de lo anterior.

La Ley aragonesa⁹¹ define la mediación familiar como un servicio social que consiste en un procedimiento extrajudicial y voluntario encaminado a la prevención y resolución de conflictos familiares. Hasta el momento, la aragonesa es la única Ley que aúna las categorías generales de concepto, a saber: servicio social y procedimiento. Por otra parte y como ya hizo la ley madrileña, contempla expresamente la parte preventiva del conflicto y, en esta línea, señala como función del mediador “facilitar los mecanismos adecuados que establezcan una función preventiva ante el conflicto en gestación, recortando en lo posible los daños emocionales producidos entre los miembros de la unidad familiar, con especial atención a los menores”.

Merece mención el hecho de que esta mediación incluye, al estilo de la mediación catalana aunque más reducido, los conflictos en Derecho Civil patrimonial y en el seno de empresas familiares y conflictos en sucesiones por causa de muerte, es decir, que no sólo se refiere al ámbito familiar.

Por último, la Ley cántabra⁹² ofrece una definición parecida a las que dan la Directiva Europea y el Proyecto de Ley de Mediación. Dice la Ley que la mediación es un procedimiento estructurado en que dos o más partes en conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo. Resulta interesante que se nombre el litigio, término que en ninguna de las definiciones anteriores ha aparecido. Pues bien, es una forma eficaz de señalar que se puede acudir a la mediación tanto antes de plantear un litigio como una vez iniciado éste.

A la luz de estos conceptos de mediación puede concluirse que, si bien todos tienen cosas en común, no son iguales ni expresan una idea única. Cada ley aporta sus especialidades y ello es lo que provoca que en España existan trece tipos de mediación familiar, amén de que no se han explotado al máximo las posibilidades que otorga la Directiva europea en cuanto al ámbito de aplicación. Una definición integradora de lo visto hasta ahora podría ser la siguiente: la mediación es un servicio social que consiste en un procedimiento extrajudicial, voluntario, confidencial,

⁸⁹ BENAVENT, A., “Análisis de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de Cataluña” en RICHARD, M., RIAÑO, I., y RIFÁ, J.M. (Coord.), *Estudios sobre...*, op. cit., p. 553

⁹⁰ Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears.

⁹¹ Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

⁹² Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

dialogado y estructurado que funciona como método de gestión, prevención y resolución pacífica y positiva de conflictos, litigios y tensiones familiares en el que dos o más partes, que serán miembros una familia o un grupo convivencial, intentan por sí mismas alcanzar un acuerdo equitativo, justo, duradero y estable o solución aceptable con la intervención de uno o más mediadores aceptados por las partes, expertos en actuaciones psico-socio-familiares, cualificados, acreditados, neutrales, imparciales y sin capacidad de decisión cuya misión es crear y favorecer un marco de comunicación, cooperar, auxiliar a las partes y promover acuerdos o decisiones consensuados e informar, orientar y asistir a dichas partes para evitar un procedimiento judicial, poner fin al ya iniciado o reducir su alcance.

Esta definición, a pesar de aunar los esfuerzos autonómicos, es extremadamente larga y confusa. Lo que sí queda claro es que la mediación en el ámbito autonómico ha proliferado mucho. Recibe el tratamiento de un servicio social en consonancia con el título competencial antes explicado y se refiere casi exclusivamente a separaciones y divorcios. Ahora bien, ¿encaja todo esto con los intentos estatales de regulación de la mediación? Vamos a ver a continuación el proyecto de 2011, el decreto de 2012 y la definitiva Ley de Mediación también de 2012.

2. Desarrollo de la mediación en España: el legislador estatal

El legislador español se propuso regular la mediación dentro del plazo que le otorgaba la Directiva europea, cosa que no logró. No obstante, se puso manos a la obra y redactó el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 8 de abril de 2011, que por cuestiones políticas no llegó a aprobarse. Quedaba entonces un mes y medio para la finalización de dicho plazo, lo cual podría calificarse de “muy ajustado”. Tras el cambio de gobierno se retomó el asunto de la mediación hasta acabar con la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y quedando pendiente su tramitación como proyecto de ley. Finalmente, tres meses después, se publicó en el B.O.E. la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Me parece útil ahora pasar a examinar con más detenimiento los aspectos más relevantes del articulado del Proyecto de 2011 para poder observar su evolución legislativa hasta dar en la actual Ley de Mediación. Vamos a verlo.

2.1. Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 8 de abril de 2011⁹³

Este Proyecto consta de veintinueve artículos repartidos en cinco capítulos, una disposición adicional y siete disposiciones finales y pretendía ser la transposición de la Directiva 52 tal y como establecía en su disposición final séptima.

Su exposición de motivos da cuenta de la crisis del sistema judicial español y ofrece la mediación como una solución a ese problema más que como una herramienta al servicio de los ciudadanos⁹⁴. Explica que “la modernización de la Administración de Justicia no se circunscribe a la mejora de su organización o al perfeccionamiento y depuración de las normas procesales. También es necesario abordar fórmulas válidas y aceptadas en el Estado de Derecho, orientadas a dimensionar el creciente volumen de asuntos que llegan a la jurisdicción favoreciendo un uso más racional de los recursos disponibles”.

Define el artículo 1 mediación como “aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. Encaja con la concepción que las Comunidades Autónomas en general han legislado, si

⁹³ Sobre este tema vid. MARÍN, J.J., *El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. www.gomezacebo-pombo.com/docs/PUB_696_doc.pdf. Es un breve resumen muy didáctico del contenido del proyecto.

⁹⁴ VELASCO, S., *Aprobado el proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. <http://todosobreconflictos.blogspot.com.es/2011/04/aprobado-el-proyecto-de-ley-de.html>

bien me gustaría destacar que vuelve a orientar la mediación hacia la consecución del acuerdo cuando podría haberse expresado, tal y como indica el punto II de la Exposición de Motivos, como la “actividad neutral, independiente e imparcial que ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolverlas”. Según mi parecer, un acuerdo no tiene por qué suponer una solución verdadera sino que puede ser un simple parche. Además, esta definición del artículo 1 no encaja con lo expresado en el punto IV de la Exposición de Motivos que dice que “la Ley se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la práctica, la mediación sirve para mejorar relaciones”. Estas son las únicas menciones que se hace en todo el Proyecto al potencial humanizador y transformador de la mediación, valor que a efectos de aceptación social de la nueva herramienta, creo que habría resultado muy tentador, a pesar de las opiniones contrarias⁹⁵.

Incluye este artículo 1 un segundo párrafo que establece que “sólo las mediaciones desarrolladas con arreglo a esta ley producirán los efectos procesales que en ella se establecen”, lo cual equivale a admitir que pueden existir otros tipos de mediación que quedan excluidas del ámbito del Proyecto. Así lo expresa el punto III de la Exposición de Motivos cuando señala que “la mediación regulada en esta ley [...] no condiciona ni impide la existencia de otros tipos de mediaciones, que podrán seguir realizándose como hasta ahora y a las que no serán de aplicación los requisitos aquí establecidos”. Esta mediación “no oficial” puede ser cualquier cosa y dependerá absolutamente de la voluntad de las partes porque no existen límites legales, lo cual me lleva a plantearme que, si este proyecto se refiere a los ámbitos civil y mercantil, ¿es válida una mediación en materia penal, laboral o de consumo con los efectos que las partes deseen otorgarle? No resulta demasiado lógico, por lo que este punto del Proyecto me parece susceptible de crear problemas.

Dicho esto, resulta claro que se deja fuera del ámbito de aplicación del proyecto las materias penal, laboral y de consumo. Entonces, ¿qué se puede someter a mediación? Este proyecto incluía, a diferencia de las leyes autonómicas que se circunscriben a la mediación familiar, asuntos civiles y mercantiles en general, nacionales y transfronterizos, con la condición de que fueran materias disponibles para las partes.

Otro punto destacable se encuentra en el artículo 4, que regula los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad. Dispone que el inicio de la mediación suspenderá la prescripción o caducidad de acciones hasta la firma del acuerdo o, en su defecto, del acta final o terminación del proceso de mediación. Es este uno de los puntos fuertes a favor de la mediación porque disminuye algunos de los desincentivos que pudieran existir a la hora de optar entre mediación o proceso judicial. Supone que los plazos para ejercitar las acciones que correspondan van a dejar de correr mientras la mediación esté en curso. Esto implica una suspensión máxima de tres meses, que según el artículo 21 será el tiempo que en el peor de los casos pueda durar una mediación.

En cuanto a las instituciones de mediación del artículo 5, son aquellas entidades que se encargan de impulsar esta ADR facilitando el acceso y organización de la misma, incluida la designación de mediadores. En mi opinión, es en el seno de estas instituciones donde se debería impartir la formación específica de los mediadores de una manera coordinada por el Estado, de manera que funcionarían como una especie de elemento unificador de la situación actual de la mediación en España. Si todos los mediadores reciben la misma formación, la mediación que practiquen debiera ser, en principio, similar. De esta forma, podrían trabajar en cualquier punto de la geografía nacional y no en el ámbito de la Comunidad Autónoma donde hayan recibido la formación.

Establece además este artículo la responsabilidad solidaria de dichas instituciones con los mediadores como consecuencia de su actuación y las obliga a implantar sistemas online de mediación, sobre todo para reclamaciones dinerarias.

El artículo 6 habla de un registro electrónico de mediadores e instituciones de mediación a

⁹⁵ RICHARD, M., “Análisis crítico del sistema y...”, op. cit., p. 78-79

cargo del Ministerio de Justicia. Me parece una herramienta de gran utilidad y muy necesaria como parte de la labor de coordinación que debe llevar a cabo el Estado.

Los artículos 7 a 11 contienen los principios que deben regir la mediación. Son:

- ▲ **Voluntariedad y libre disposición**
- ▲ **Imparcialidad**
- ▲ **Neutralidad**
- ▲ **Confidencialidad**
- ▲ **Partes en la mediación**

Comienza el artículo 7 señalando que la mediación es voluntaria, sin perjuicio de su obligatoriedad cuando lo prevea la legislación procesal. La voluntariedad significa que son las partes las que deciden si quieren continuar o no con la mediación y si quieren o no llegar a un acuerdo. Es decir, que no están obligadas a permanecer en el procedimiento ni a concluir un trato tal y como explica el punto 3 del artículo. Entendida así, no resulta incompatible con el hecho de que para determinadas materias la ley exija someter el asunto concreto a esta ADR. No obstante ya hemos visto en el capítulo I que, aunque la Directiva 52/2008/CE abre esta posibilidad en su artículo 5.2., algunos autores son contrarios a ello.

La crítica más dura⁹⁶ dice que esta obligatoriedad supone una vulneración del derecho de los ciudadanos de acceso a la jurisdicción y al proceso. Sin embargo, la propia norma europea establece que esta carga nunca va a poder impedir el acceso al sistema judicial y de hecho, el proyecto no lo impide. Es más, su artículo 18.2. dispone que en los casos de mediación obligatoria, se tendrá por cumplida dicha obligación justificando la asistencia de al menos una de las partes a la sesión informativa la cual, dicho sea de paso, es gratuita, por lo que no genera coste alguno para las partes. Además de esto, también hemos visto que la mediación puede durar como máximo tres meses (dos en general y uno más de forma excepcional y si los participantes así lo deciden) pero estos tampoco van a ser obstáculo para acceder a la justicia puesto que está prevista la suspensión de prescripción y caducidad de acciones. En resumen, no existe vulneración alguna del derecho de acceso a la jurisdicción por ningún sitio.

Finalmente, incluye el artículo 7 el primero de los casos de obligatoriedad de la mediación. A saber: el pacto escrito de someter las controversias a mediación, incluida la que verse sobre la validez o existencia de dicho pacto.

En cuanto a imparcialidad (artículo 8) y neutralidad (artículo 9), se refieren ambas a la actuación del mediador. Éste ha de ser imparcial respecto de las partes y neutral respecto de los posibles resultados del proceso de mediación.

El primero de estos dos principios consiste, según el proyecto, en que las partes sean iguales en el proceso de mediación, es decir, que tengan las mismas oportunidades de intervenir y expresar sus puntos de vista y posiciones, que estos se respeten y que el mediador no actúe en perjuicio ni interés de ninguna de ellas, es decir, que nuestro Proyecto lo ha enfocado como un principio de equidad con un matiz de imparcialidad. Así se desprende de la lectura de la Recomendación de 4 de abril de 2001, que aunque sea en materia de consumo, permite hacer examen de los principios que deben regir las ADR. Establece respecto de la imparcialidad que el mediador será nombrado por un período de tiempo determinado y no podrá ser destituido sin causa justificada, que no tendrá conflicto real o aparente con ninguna de las partes y que les informará sobre imparcialidad y competencia antes de empezar con la mediación, es decir, que se refiere a la actitud del mediador hacia las partes. Por su parte, el principio de equidad sí prevé que las partes puedan intervenir en el proceso en iguales condiciones y, de hecho, se les anima a hacerlo mediante la cooperación.

En el segundo caso, el proyecto indica que el desarrollo de la mediación debe permitir a las partes alcanzar por sí mismas un acuerdo y luego remite la actuación del mediador al artículo 14, que es el que la regula. Es decir, que la neutralidad parece consistir en crear un espacio óptimo para la consecución de un acuerdo tomado únicamente por las partes. En mi opinión se debería señalar expresamente que el mediador es neutral respecto de la decisión que tomen los participantes. No

⁹⁶ RICHARD, M., "Análisis crítico del sistema y...", op. cit., p. 80 ss

obstante, el artículo 14 al que remite el proyecto no hace mención alguna a que el mediador deba mantenerse al margen o no opinar ni tomar partido por alguna o algunas de las soluciones propuestas por las partes, por lo que me parece que este principio de neutralidad no está bien regulado.

La confidencialidad se regula en el artículo 10. Afecta al procedimiento en sí y a la documentación que genere y obliga tanto al mediador como a las partes intervinientes. Esta expresión de “partes intervinientes” puede resultar problemática porque no expresa con exactitud a quiénes se refiere. La cuestión es que si la confidencialidad afecta al mediador y a las partes, quedan fuera de la obligación otras personas que puedan intervenir a lo largo del procedimiento, como por ejemplo un secretario, testigos, un perito, etc. Sin embargo, si no interpretamos partes en sentido estricto sino como personas intervinientes, este problema desaparece solo porque englobaría a todos ellos.

El punto 2 del artículo no presenta este problema porque se refiere a “personas que participen”. Exonera a estas y al mediador de declarar o aportar documentación en un proceso judicial o arbitraje, con las excepciones de que las partes lo dispensen de forma expresa y por escrito o de que medie resolución judicial penal motivada. ¿Cabe entonces extraer de esta lectura que sí puede aportarse documentación o declarar en otras ADR que no sean el arbitraje? En el caso de una negociación no hay problema porque son las propias partes los negociadores o, como mucho, sus representantes, de manera que la información no sale de ahí pero, ¿qué ocurre con la conciliación? Si no se vuelca la información en respeto al principio de confidencialidad podría ocurrir que una de las partes no aporte algún dato que la otra parte considere fundamental, lo cual podría desembocar fácilmente en un postura irreconciliable. Sin embargo, otra forma de proceder implicaría una vulneración de la confidencialidad. Así pues, el proyecto ha creado un punto gris.

Finalmente, el artículo 11 regula las partes en la mediación. Dispone en primer lugar que son ellas las que organizan la mediación, siempre respetando los principios anteriores. Esta afirmación me parece problemática porque el proyecto incluye la regulación del procedimiento de mediación. Entonces, ¿significa esto que las partes pueden obviar el proceso regulado por el proyecto y decidir ellas como quieren que sea? Resulta más lógico pensar que, dentro del camino que les ha trazado el proyecto, pueden decidir sobre elementos como el lugar de las reuniones, cuántas reuniones quieren tener, el idioma de las mismas, la presencia de terceros en las sesiones, mediación presencial u online, etc.

También se les exige buena fe, respeto mutuo y la colaboración y apoyo a la labor del mediador. Además, no podrán interponer entre sí acciones judiciales o extrajudiciales mientras dure la mediación.

Llegamos ahora al estatuto del mediador que se regula en los artículos 12 a 16 del proyecto y que contiene algunos de los puntos más controvertidos del mismo.

Según el artículo 12, para ser mediador se requiere:

- ⤴ **Ser persona natural**
- ⤴ **Hallarse en pleno disfrute de los derechos civiles**
- ⤴ **Carecer de antecedentes penales por delito doloso**
- ⤴ **Poseer un título oficial universitario o de educación profesional superior**
- ⤴ **Tener un seguro de responsabilidad civil o equivalente**
- ⤴ **Figurar en el registro de mediadores**

El asunto más polémico ha sido el de la formación del mediador y ya hemos visto algunos apuntes sobre ello en capítulos anteriores. Se le exige un título oficial universitario o de educación profesional superior. Recordemos que la Directiva 52/2008/CE dispone que se puede ser mediador “con independencia de la profesión”, es decir, que en principio podría ser mediador un abogado, un arquitecto, un minero, un profesor, etc. Sin embargo, el proyecto exige titulación, por lo que está dejando fuera a quien no la tenga, “con independencia de su profesión”. Algunas Comunidades Autónomas han ido incluso aún más allá y han especificado qué titulaciones universitarias son las que dan acceso a la condición de mediador. Las más habituales son derecho, psicología y trabajo

social⁹⁷.

A este respecto, el Consejo de Estado señala en su dictamen 2222/2010 que las cualidades de un mediador se refieren principalmente a su capacidad de encontrar fórmulas de entendimiento entre las partes y cauces que permitan alcanzar un acuerdo, por lo que concluye que debería sopesarse la eliminación del requisito de la titulación universitaria. El problema entonces es que nuestros mediadores podrán ser cualquier persona que diga que es mediador. Me explico: si no se exige una titulación universitaria y tampoco se exige una formación específica en mediación, literalmente cualquiera podría autodenominarse mediador. De hecho, para mí el gran problema es que el proyecto no exija una formación específica a quien desee ejercer de mediador.

En todo caso, mi opinión es que hay ciertas titulaciones que aportan conocimientos necesarios para un mediador (derecho y psicología son las principales) y que van a permitir ofrecer una mediación de mejor calidad, por lo que considero que la titulación es un requisito imprescindible para acceder a la condición de mediador. Además de esto, también debería ser obligatoria una formación especializada en mediación, que como efecto derivado podría servir para unificar los criterios autonómicos si se coordinase desde la Administración central. La mediación debería ser una herramienta interdisciplinar por la variedad de contenidos que puede llegar a tener. Si privamos a nuestros mediadores, que con una carrera universitaria no abarcan la interdisciplinariedad, de dicha titulación, creo que la mediación acabará por devenir ineficaz.

El otro tema problemático que contiene este capítulo del proyecto es el coste de la mediación regulado en el artículo 16.

Dispone la norma que dicho coste se dividirá por igual entre las partes salvo que pacten otra cosa y que el mediador o la institución pueden exigirles una provisión de fondos, la cual, de no pagarse, puede ser causa de terminación de la mediación. Hasta aquí bien. La cuestión polémica es que el artículo no sólo no habla en ningún momento de una posible mediación gratuita, sino que además no da una sola pista sobre el montante final de la mediación ni cómo puede determinarse. Lo único que se sabe es que debería resultar barata según la Exposición de Motivos del proyecto pero, ¿qué se considera barato en la situación económica actual? Lo cual me lleva a plantearme si, en el caso de que las partes o alguna de ellas no pueda hacer frente al coste de la mediación, ¿puede acogerse al beneficio de justicia gratuita? La única vía que podría adaptarse al caso en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, es su artículo 6.1., que hace referencia al asesoramiento y orientación previos al proceso cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal.

Termina el artículo 16 del proyecto señalando que el coste de la mediación intentada se incluirá en la indemnización por costes de cobro.

En cuanto al procedimiento de mediación, se regula en los artículos 17 a 25. Comienza con una solicitud de inicio presentada por una de las partes o ambas de común acuerdo ante el mediador o institución de mediación. Tras esto, son convocadas a una sesión informativa en la que el mediador les hablará sobre las características de la mediación, su coste, organización, consecuencias jurídicas del acuerdo que hipotéticamente puedan alcanzar, causas que puedan afectar a su imparcialidad y el plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva. El proyecto no establece la duración de este plazo. Sin embargo, sí determina que transcurridos quince días naturales desde la presentación de la solicitud de inicio sin firmar el acta de constitución, se reanudarán el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad.

A continuación tiene lugar la citada sesión constitutiva, de la cual se levantará acta en la que constará, bien que la mediación se ha intentado sin efecto, bien que las partes desean desarrollar la

⁹⁷ Estas especificaciones que hacen las leyes autonómicas son otro de los factores que pueden impedir que un mediador español no pueda ejercer como tal en todo el territorio nacional. Por ejemplo, un mediador vasco titulado en psicopedagogía (para la ley vasca es una titulación que da acceso a la condición de mediador) no será reconocido como tal en el Principado de Asturias porque su ley autonómica no prevé esta carrera entre las que dan acceso a la condición de mediador. En la misma línea, GARCÍA M., *La formación del profesional de la mediación familiar. Investigación sobre la mediación familiar y la formación del mediador*. Sociedad y Utopía. Revista de ciencias sociales, nº 39, junio 2012, p. 168. Disponible en <http://www.sociedaduyutopia.es/index.php/la-formacion-del-profesional-de-la-mediacion-familiar-investigacion-sobre-la-mediacion-familiar-y-la-formacion-del-mediador>

mediación, en cuyo caso dicha acta deberá contener:

- ⤴ **Identificación de las partes**
- ⤴ **Designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación**
- ⤴ **Objeto del conflicto**
- ⤴ **Programa de actuaciones y duración máxima prevista**
- ⤴ **Coste total o bases para su determinación** con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos
- ⤴ **Declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y asunción de obligaciones derivadas**
- ⤴ **Lugar de celebración e idioma**

Lo siguiente son las sesiones de mediación propiamente dichas. Lo habitual es que estén presentes las partes y el mediador o mediadores, aunque el proyecto prevé la posibilidad, muy útil en mi opinión, de celebrar sesiones individuales con alguna de las partes. En este caso, el resto de partes deberán estar informadas de dicha reunión pero su contenido será confidencial salvo que el participante autorice al mediador a facilitarlo al resto de partes.

La mediación termina por las siguientes causas:

- ⤴ **Acuerdo de las partes**
- ⤴ **Ejercicio del derecho a dar por terminadas las actuaciones**
- ⤴ **Transcurso del plazo máximo previsto**
- ⤴ **Apreciación justificada del mediador de que las partes mantienen posturas irreconciliables**
- ⤴ **Otras causas:** por ejemplo, que no se pague la provisión de fondos o que el mediador renuncie o sea rechazado por las partes y no llegue a nombrarse otro

En cualquier caso, deberá firmarse el acta final.

El acuerdo, si lo hay, puede ser parcial o total respecto del objeto de conflicto. Se pondrá por escrito y deberá contener:

- ⤴ **Identidad y domicilio de las partes**
- ⤴ **Mediador/es y, en su caso, institución de mediación**
- ⤴ **Lugar y fecha**
- ⤴ **Obligaciones de cada parte**
- ⤴ **Mención a que la mediación practicada ha sido ajustada a la normativa**
- ⤴ **Firma de las partes o sus representantes**
- ⤴ **Firma del mediador**

Señala el proyecto que el acuerdo es título que lleva aparejada ejecución, produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo podrá solicitarse la anulación.

Termina el artículo 25 estableciendo la posibilidad de que la mediación o algunas de sus actuaciones sean llevadas a cabo por medios electrónicos si así lo acuerdan las partes y de forma obligatoria para reclamaciones de deuda que no excedan de 300 euros, salvo imposibilidad para alguna de las partes.

Por último, los artículos 26 a 29 del proyecto regulan la ejecución de los acuerdos. Disponen que el acuerdo tiene eficacia ejecutiva y es título suficiente para instar la ejecución forzosa. Será competente, bien el tribunal que homologó el acuerdo, bien el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se firmó el acuerdo. Esto descubre una deficiencia en el proyecto, y es que en ningún momento se ha diferenciado expresamente la mediación intrajudicial, es decir, la que tiene lugar en el seno de un proceso judicial, de la mediación extrajudicial, a la cual las partes acuden antes de haber acudido a los tribunales.

Finaliza el articulado señalando que los acuerdos de mediación contrarios a Derecho no podrán ejecutarse. ¿Significa esto que son válidos pero que no tienen los efectos procesales del resto de acuerdos? Lo dudo. En todo caso son firmados por el mediador, por lo que parece que es esta una

de las causas por las que éste puede incurrir en responsabilidad, lo cual constituye otro argumento a favor de la exigencia de titulación universitaria y formación específica del mediador.

Merece mención, en último lugar, la disposición final quinta que establece la obligación del Gobierno de promover, lo cual es muy distinto de crear, un procedimiento simplificado de mediación electrónica para reclamaciones de cantidad que, en todo caso, tendrá una duración máxima de un mes.

Visto el proyecto de ley de 2011, pasamos a analizar los cambios que el legislador consideró pertinentes para la aprobación del Real Decreto de 2012.

2.2. Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles

Este Real Decreto-Ley consta de veintiocho artículos repartidos en cinco títulos, tres disposiciones adicionales y ocho disposiciones finales y ha sido la transposición de la Directiva 52/2008/CE tal y como establece su disposición final séptima, aunque con diez meses de retraso.

Es básicamente coincidente con el proyecto de 2011, si bien presenta algunas novedades que es lo que principalmente analizaremos.

En esta ocasión, a diferencia del proyecto, la Exposición de Motivos presenta a la mediación como un instrumento complementario de la Administración de Justicia con unas ventajas que ofrecer a los ciudadanos y no como una solución a la crisis del sistema judicial. También hace referencia a las legislaciones autonómicas y, en concreto, a la falta de un marco normativo donde estas pudieran encuadrarse. Establece que los ejes de la mediación son:

- ⤴ **La desjudicialización de determinados asuntos** a través de la conexión de la mediación con la jurisdicción ordinaria
- ⤴ **La deslegalización** o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también las relaciones objeto del conflicto
- ⤴ **La desjuridificación**, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio

El concepto de mediación sigue siendo el mismo pero encontramos una diferencia en el ámbito de aplicación y es que, además de excluir las materias penal, laboral y de consumo, añade al grupo la mediación con las Administraciones Públicas.

También deja igual la regulación de prescripción y caducidad, por lo que me remito a lo dicho anteriormente al respecto en el Proyecto.

Otro cambio se produce en cuanto a responsabilidad de las instituciones de mediación. Pasa de ser solidaria con la del mediador a ser subsidiaria de ésta.

El artículo 6 del proyecto que regulaba el registro de mediadores e instituciones de mediación ha sido eliminado⁹⁸ del Real Decreto-Ley y no se hace mención alguna al mismo en ningún otro sitio por lo que, para mí, se ha perdido una útil herramienta para la mediación y, sobretudo, para la labor de coordinación que el Estado debería hacer respecto de las regulaciones autonómicas. La posibilidad que establecía el proyecto de que de este registro se obtuviese información sobre la experiencia y formación de los mediadores ha devenido en obligación para las instituciones de mediación.

Llegamos al Título II que contiene los principios informadores de la mediación. Son los mismos pero el legislador ha sabido, en mi opinión, depurar la técnica anterior.

Respecto de la voluntariedad, se ha eliminado la coletilla que podía resultar conflictiva. Recordemos que el proyecto disponía que la mediación es voluntaria, “sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal”. Esta última precisión es la que ha sido suprimida. En todo caso, veíamos cómo la voluntariedad no quiebra por el hecho de que

⁹⁸ HUALDE, T., *Del proyecto de Ley española de mediación (2011) al RD-Ley de mediación (2012)*. <http://www.mediacionarbitraje.eu/wp-content/uploads/2012/04/Reflexiones-sobre-la-nueva-normativa-de-mediacion-C3B3n.pdf>, p. 8

determinadas materias deban someterse obligatoriamente a mediación.

En cuanto al artículo que regulaba la imparcialidad, en el decreto ha pasado a denominarse, más correctamente en mi opinión, “igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores”. Ha quedado igual redactado con la salvedad de que ya no se hace mención al interés superior del menor en la mediación familiar.

Una de las grandes novedades del decreto se encuentra en su artículo 10, que trata de las partes en la mediación. A la regulación del proyecto se ha añadido un párrafo que otorga a las partes la posibilidad de interponer declinatoria que impida a los tribunales conocer del asunto objeto de la mediación mientras se desarrolle esta o bien si existe compromiso de sometimiento a la misma. En mi opinión esta es una medida acertada porque, siendo cierto que el decreto permite a las partes solicitar la suspensión del proceso judicial, se requiere que se haga de común acuerdo, de manera que si una de ellas, existiendo un compromiso de sometimiento a mediación lo negase, estaría perjudicando a la otra parte. Con esta novedad, la parte perjudicada tiene una forma de evitar tal situación.

A continuación se regula el estatuto del mediador en los artículos 11 a 15. El primero de ellos contiene las condiciones para ejercer de mediador, cuestión que ha cambiado mucho desde el proyecto⁹⁹. Los requisitos en esta ocasión son:

- ⤴ **Ser persona natural**
- ⤴ **En pleno ejercicio de los derechos civiles**
- ⤴ **Que no exista impedimento legal por razón de la profesión:** supongo que este matiz responde principalmente al problema que existía con los jueces. Recordemos que la Directiva europea establece la posibilidad de que estos puedan actuar en calidad de mediador. No obstante, el ordenamiento jurídico español tiene regulado un régimen de incompatibilidades muy riguroso para los jueces en aras a preservar su independencia lo mejor posible, el cual hace que se vean excluidos del acceso a la profesión de mediador.
- ⤴ **Tener formación específica:** este es el requisito que todos echamos de menos en el proyecto. Consiste en uno o varios cursos en los que se adquieren conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación y de ética de la mediación. Debe contar con una parte teórica y otra práctica y dispone el decreto que será impartido por instituciones debidamente acreditadas. Este es el punto conflictivo según mi parecer, puesto que no se habla de instituciones de mediación sino de instituciones debidamente acreditadas. En ningún lugar del decreto se regula esta acreditación, por lo que no sabemos en qué consiste. Parece que lo lógico sería que fueran las instituciones de mediación las encargadas de impartir esta formación pero curiosamente, no figura ésta entre sus funciones.
- ⤴ **Tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente**

Así pues, se ha avanzado con la condición de la formación específica pero, en mi opinión, se ha perdido al eliminar el requisito de la titulación universitaria por lo que ya he expuesto al referirme a este tema en el ámbito del proyecto de 2011. Y con esto surge otra duda: si el decreto no exige titulación universitaria pero algunas C.C.A.A. sí, ¿se hace de peor condición la mediación acogida a la normativa estatal que a la autonómica por falta de preparación del mediador? Yo creo que sí y yendo aún más allá con este tema, vuelve a ser un obstáculo al ejercicio de la mediación en todo el territorio nacional, puesto que un mediador procedente de una Comunidad que no tenga ley propia de mediación puede no tener carrera universitaria, de manera que si se traslada, por ejemplo a Canarias, no va a poder ejercer como tal.

El otro requisito eliminado y que resultaba muy práctico es la inclusión del mediador en el registro de mediadores pero ya hemos visto que el decreto elimina toda referencia a dicho registro.

En cuanto a la responsabilidad del mediador, el artículo 14 la restringe a los daños y perjuicios que se causen por mala fe, temeridad o dolo, mención que no se hacía en el proyecto.

Para terminar este bloque y en cuanto al coste de la mediación, seguimos sin saber cuánto

⁹⁹ HUALDE, T., *Del proyecto de Ley...*, op. cit., p. 6-8

cuesta. La novedad entonces es que se ha eliminado el párrafo que señalaba que dicho coste se incluiría en la indemnización por costes de cobro. No obstante, me parece muy interesante el segundo punto de la disposición adicional segunda que señala que las Administraciones procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitas previas al proceso previstas en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Es muy bonito pero el verbo “procurar” no deja de ser una declaración de intenciones, lo cual convierte a esta disposición en papel mojado.

El siguiente grupo de artículos, del 16 al 24, regula el procedimiento de mediación, que también se ha respetado del proyecto.

Ahora, la solicitud de inicio a instancia de una de las partes sólo podrá presentarse si hay un pacto previo de sometimiento a mediación, lo cual se constituye en medida disuasoria de la mediación porque siempre va a requerir un pequeño acuerdo entre personas que tienen un gran problema entre manos. Creo que todavía no existe en España suficiente cultura de mediación como para que las partes en general, la prefieran al proceso judicial. Por ello, la parte interesada en la mediación, al encontrarse con que necesita el consenso con la otra parte, podría preferir acudir directamente a los tribunales.

En cuanto a las sesiones informativas, creo que ha sido un acierto el sustituir el “advirtiendo de las consecuencias de su inasistencia” del proyecto por las concretas consecuencias del decreto. Se trata de entender que se desiste de la mediación y que el nombre de la persona o personas que no hayan asistido no recibe la protección de la confidencialidad.

Lo que me resulta llamativo y que no entiendo es que este artículo establece que recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o institución citarán a las partes a la sesión informativa. ¿Qué significa ese “salvo pacto en contrario de las partes”? Da la sensación de que el legislador está previendo que las partes, que acaban de solicitar una mediación, se han arrepentido de repente y por eso han acordado que no se les cite. ¿Tiene esto lógica? Me parece que no. Sin embargo, algo sí podría tener en el sentido de que la sesión informativa tiene un coste, por lo que si las partes se retiran avisando antes de que el mediador o la institución hagan alguna gestión, entonces entiendo que no se va a devengar honorario o coste alguno.

Además prevé el artículo que, entre la información ya vista que debe dar el mediador, se incluya su profesión, formación y experiencia.

Por último, se han eliminado las menciones que este artículo hacía a la mediación obligatoria.

La sesión constitutiva permanece igual. Tan sólo se añade que el acta de constitución deberá ir firmada por las partes y el mediador, cosa que resulta lógica.

Respecto a la duración de la mediación, se ha eliminado el máximo temporal de dos meses prorrogables a tres que establecía el proyecto, de manera que ahora sólo se establece que durará lo menos posible y en el mínimo número de sesiones.

También ha habido un pequeño cambio en las reuniones individuales del mediador con una sola de las partes. Se trata más bien de una redacción más depurada para decir lo mismo, es decir, que el mediador está obligado a comunicar la celebración de estas sesiones a las otras partes y que su contenido es confidencial, salvo que la parte en cuestión autorice al mediador a compartirlo con estas.

La terminación del procedimiento también sigue igual con la salvedad de que el decreto exige la firma del mediador para el acta final.

El artículo que regula el acuerdo de mediación (23) es uno de los que mayores cambios han sufrido. El acuerdo en sí sigue siendo el mismo pero ya no es título que lleva aparejada ejecución sino que ahora tiene carácter vinculante y se puede instar su elevación a escritura pública para configurarlo como título ejecutivo. El resto de regulación en el proyecto que hablaba sobre efectos de cosa juzgada, recurso de anulación y revisión de acuerdos ha sido eliminado.

Finalmente, la cantidad a reclamar que define si la mediación se celebra de forma presencial u online ha pasado de 300 a 600 euros, es decir, que las reclamaciones de cantidades hasta los 600 euros se tramitarán por medios electrónicos.

Para terminar con el decreto, vamos a ver el último bloque de artículos, que son los que

regulan la ejecución de los acuerdos (25 a 28).

El único cambio se refiere al título ejecutivo¹⁰⁰. Éste se obtiene:

- ▲ **Elevando el acuerdo de mediación a escritura pública:** de paso, establece el decreto que el notario deberá verificar el cumplimiento de requisitos legales y que su contenido no es contrario a Derecho, por lo que se está estableciendo un excelente mecanismo de control que además resulta rápido. Además, en previsión de las posibles suspicacias que pudiera levantar el hecho de que los notarios no son baratos en contraposición a lo predicado respecto de la mediación, establece la disposición adicional tercera que se aplicarán los aranceles de los documentos sin cuantía, que supone unos treinta euros de media. A parte de esto, es un poco ambiguo el párrafo segundo del punto 1 del artículo 25 cuando dice que el acuerdo se presentará ante un notario porque, ¿quién lo presentará? Parece que en principio serán las partes, puesto que el artículo 23.3 establece la obligación del mediador de informarles de que, si lo desean, pueden elevar su acuerdo a escritura pública para configurarlo como título ejecutivo. Entonces, ¿lo presentan las partes de común acuerdo, lo presenta cada una por su lado o debe ser una con consentimiento de la otra?
- ▲ **Por homologación del tribunal que estaba conociendo del asunto**

En último lugar, es necesario revisar la disposición final quinta que se ha configurado como una especie de salvación a posibles críticas que se pudieran hacer a este decreto.

Establece que el Gobierno podrá reglamentar instrumentos de verificación del cumplimiento del decreto, entre los cuales podría incluirse un registro de mediadores. En mi opinión, el legislador ha sido cobarde por no regular ya dicho registro. Sin duda es una ardua tarea porque supone coordinar los registros autonómicos pero eso no significa que no sea necesario o incluso de máxima prioridad.

En segundo término, señala la disposición que el Gobierno podrá determinar la duración y contenido mínimo de los cursos de formación específica de los mediadores, cuestión en la que vuelve el legislador a ser cobarde. Si nos fijamos, estos dos temas que se han quedado pendientes tienen que ver con hacer efectiva la coordinación del Estado con las regulaciones de las C.C.A.A. ¿Por qué no se ha hecho? Me temo que habrá que esperar para ver qué justificación se da a esta pregunta.

En tercer y último término, se establece que la cuantía del seguro de responsabilidad civil se podrá desarrollar reglamentariamente, distinto de decir que se desarrollará reglamentariamente.

Hasta aquí llegan las novedades del decreto de 2012. Por fin, la transposición de la Directiva 52/2008/CE se había realizado. No obstante, los grupos políticos no consideraron adecuada la regulación de la mediación a través de la figura del Real Decreto-Ley porque este tipo de norma se reserva a los casos de urgencia de manera que, una vez salvada la exigencia europea de regulación legal, pidieron su tramitación como proyecto de ley. Así pues, tres meses después vio la luz la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Vamos a verla.

2.3. Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles

Esta ley cuenta con 27 artículos divididos en cinco títulos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales. Es realmente parecida al decreto anterior que, tras la aprobación de ésta, queda derogado.

El Preámbulo es básicamente idéntico, así que sólo hay una cosa que quisiera destacar por la novedad que supone. Se establece en el punto II que las materias excluidas del ámbito de aplicación de esta ley (penal, laboral, administraciones y consumo) no suponen una limitación de la mediación, sino que se reservan a las normas sectoriales correspondientes, por lo que puede deducirse una intención de regular estas materias en un futuro, espero que próximo, lo cual me parecería un gran

¹⁰⁰ HUALDE, T., *Del proyecto de Ley...*, op. cit., p. 3-6

acierto porque las experiencias en dichos ámbitos están resultando muy buenas.

La primera novedad del cuerpo de la ley la encontramos en el artículo 3. Añade a la consideración de conflicto transfronterizo aquel previsto o resuelto por acuerdo de mediación cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o alguna de sus consecuencias se pretendan ejecutar en un Estado distinto. Me parece adecuado incluir este supuesto, aunque en mi opinión sobra el “como consecuencia del traslado del domicilio”. Puede ocurrir que ninguna parte vaya a mudarse a otro Estado y, sin embargo, el acuerdo de mediación deba surtir efectos fuera del territorio nacional. Por ejemplo, un matrimonio que vive en España se divorcia y tienen un hijo menor que estudia en un internado de París. El régimen de visitas va a cumplirse tanto en España cuando el niño venga de vacaciones como en Francia cuando sus padres decidan visitarlo.

El artículo 4 que regula los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad ha sido modificado pero sólo a efectos de claridad del texto, cosa que en mi opinión han logrado.

En cuanto a las instituciones de mediación, matiza que podrán ser españolas o extranjeras. Esta apreciación resulta lógica si pensamos que la ley también es aplicable a conflictos transfronterizos, aunque a veces se nos olvide.

El gran cambio respecto a estas entidades es que se establece que no podrán prestar directamente el servicio de mediación ni tendrán más intervención en ella que la prevista. No entiendo la finalidad de tal afirmación, sobretodo teniendo en cuenta que, en primer lugar, se da la posibilidad de tener la condición de mediador a las personas jurídicas, en segundo lugar, no se me ocurre una entidad mejor preparada para mediar que una institución de mediación y, en tercer lugar, si ni siquiera se encargan de la formación de los mediadores, me parece un gasto desproporcionado el mantener unas entidades que se limitan prácticamente a designar mediadores. Si se está refiriendo a que las instituciones de mediación no pueden tener la condición de mediador, se podría haber redactado de otra manera más sencilla.

La última referencia a estas instituciones indica que podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para las reclamaciones dinerarias. Hemos pasado del “implantarán” al “podrán implantar”.

Respecto a los principios de la mediación, también han quedado casi iguales a los del decreto. El primer cambio lo detectamos en la confidencialidad del artículo 9. Establece éste que “la obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes”. Esto supone un gran avance en el sentido de que acaba con el problema de determinación de las personas afectadas por la obligación que veíamos en la regulación anterior.

Para las partes hay dos novedades. La primera es que el artículo 10 les exige actuar entre sí con lealtad, buena fe y respeto mutuo. ¿Y respecto al mediador no deben actuar así? ¿Basta con la colaboración y el apoyo? Creo que no hubiera estado de más establecer estas condiciones tanto respecto de las otras partes como del mediador. La segunda es que, a pesar de no poder ejercitar acciones, judiciales o no, contra las otras partes, sí se permite solicitar medidas cautelares u otras medidas urgentes para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. Este añadido me parece un gran acierto.

Pasamos al estatuto del mediador y, en concreto, las polémicas condiciones para poder ejercer como tal. Ahora los requisitos 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:** entonces, ¿qué sentido tiene que una persona jurídica pueda tener la consideración de mediador? En la práctica nunca va a poder mediar porque no es una persona con cabeza y corazón, los cuales resultan imprescindibles para poder actuar en un conflicto ajeno, y no puede aprender, por lo que nunca tendrá un título universitario ni

podrá adquirir la formación específica. Es decir, que no va a poder cumplir con los requisitos que estamos viendo. No obstante, la ley lo permite. Me planteo por tanto si esta figura responde a la búsqueda de una especie de protección del mediador persona física respecto de su posible responsabilidad por la actuación en la mediación y el pago del consiguiente seguro. De ser así, no me parece mal pero creo que el texto normativo debería haberse redactado de otra manera porque resulta absurdo considerar mediador a quien no sólo no cumple con los requisitos sino que nunca va a poder cumplirlos, por lo que tendrá que buscar a una persona que sí lo haga.

- ▲ **Estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior:** me parece un acierto pero sigue la ley sin concretar qué titulaciones dan acceso a la condición de mediador. Creo que debería buscarse la mayor especialización posible, por lo que estoy de acuerdo con las Comunidades Autónomas que lo han regulado. Además, la falta de especificación por parte de la ley no hace sino fomentar el problema del ejercicio de la mediación en todo el territorio nacional.
- ▲ **Contar con formación específica:** por fin el legislador, muy acertadamente en mi opinión, 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. Esto supone, respecto del decreto, que ya no tenemos las materias más o menos concretas que integran dichos cursos y mantenemos el problema de quiénes son esas instituciones debidamente acreditadas. Sin embargo, en esta ocasión el legislador ha querido solucionar el problema de unidad de la mediación. Resulta muy útil tener una formación común (o si no común, por lo menos válida en toda España) pero mientras tengamos criterios distintos en la formación académica general, no va a servir de mucho porque seguirá ocurriendo que, por ejemplo, un mediador no licenciado que haya recibido la misma formación específica que uno asturiano, no va a poder ejercer en la Comunidad de éste último porque no tiene carrera. Quiero decir que el legislador ha tenido muy buena intención pero no ha resuelto por completo el problema.
- ▲ **Suscribir un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente:** seguimos sin conocer la cuantía de este seguro que, según la disposición final octava, podrá desarrollarse reglamentariamente, es decir, que habrá que esperar. Por ahora parece que sirve cualquier seguro, lo cual da sensación de bastante dejadez del legislador.

A continuación se regulan en el artículo 12 la calidad y autorregulación de la mediación. Se establece que el Ministerio de Justicia y las Administraciones competentes “fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquellos y de las instituciones de mediación a tales códigos”. Es una redacción bastante desgraciada que seguro que se debe a un despiste pero lo que se está diciendo ahí es que las autoridades exigirán la formación, exigirán la elaboración de códigos de conducta voluntarios y exigirán la adhesión de mediadores e instituciones a ellos. La diferencia de este artículos en las redacciones dadas por el decreto y la ley es sólo el verbo “requerirán”. En mi opinión, el legislador ha querido establecer un mecanismo de control de la formación específica y eso es normal. El problema es que por una mala redacción, resulta obligatoria la elaboración de códigos de conducta voluntarios, cosa que aún podría justificarse: es obligatorio crear esos códigos pero luego, la decisión de acogerse o no a ellos es voluntaria. El drama es que resulta obligatorio adherirse a tales códigos. Creo que debería revisarse el artículo ya que animar a adherirse a los códigos es bien diferente de obligar, y más cuando son voluntarios.

Para terminar con las novedades del estatuto del mediador, vamos a ver el artículo 14 de responsabilidad de los mediadores, de cuyo título se ha eliminado la mención a las instituciones de mediación a pesar de que hay una previsión específica para ellas. La nueva redacción se refiere a una responsabilidad por daños y perjuicios en general, es decir, que ya no aparecen la mala fe, la

temeridad y el dolo. Por último, se ha añadido la previsión para las instituciones que señala que su responsabilidad derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que les incumben. En mi opinión, esta matización pretende terminar de desligar la responsabilidad del mediador de la de las instituciones que, como veíamos, empezó siendo solidaria y pasó a subsidiaria. Se pretende dejar claro que la institución no va a responder por la actuación del mediador.

Pasamos al bloque que regula el procedimiento de mediación (artículos 16 a 24). Éste se ha mantenido igual con un par de excepciones.

La primera de ellas concierne a la terminación del procedimiento. Por un lado, el plazo de conservación del expediente por el mediador pasa de seis a cuatro meses y, por otro lado, se añade una previsión en caso de que alguna de las partes no quiera firmar el acta final, en cuyo caso el mediador hará constar dicha circunstancia en la propia acta y entregará un ejemplar a las partes que lo deseen.

La segunda se refiere al acuerdo de mediación. El punto 2 del artículo 23 elimina el requisito de entrega al mediador en el plazo de diez días para su firma, lo cual me lleva a plantearme dos cuestiones: cuál es el momento adecuado para firmar el acuerdo y cuál es el momento adecuado para entregar un ejemplar al mediador. En todo caso, lo ideal sería que en el momento de firma del acta final, se firmara también el acuerdo y se entregara el correspondiente ejemplar al mediador. Si las partes finalmente decidieran no firmar el acuerdo, el mediador lo haría constar en el acta final.

Por su parte, se añade un punto 4 que establece que, contra el acuerdo de mediación, sólo cabe acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. ¿Qué ocurre entonces si una de las partes es menor de edad o incapacitado? En mi opinión no hay problema en que acuda a la mediación porque sus representantes pueden suplir su incapacidad para prestar consentimiento. No obstante, puede surgir el problema de que, llegados a un acuerdo, los representantes decidan, en contra de la opinión del menor o incapaz, que dicho acuerdo no es conveniente. Por cuestiones como esta, creo que la ley debería establecer quiénes pueden ser parte en el procedimiento porque no se establecen ni requisitos para ser parte ni el carácter personalísimo de la mediación, cosa que sí han incluido algunas de las leyes autonómicas en sus textos.

La tercera y última de las excepciones se produce en las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos (artículo 24). Además de estos, se incluye la videoconferencia u otros medios análogos de transmisión de la voz o imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la ley. En cuanto a las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros, ya no se tramitarán por estos medios obligatoria sino preferentemente, de manera que la mediación online ha quedado en una mera declaración de intenciones.

El último título de la ley regula la ejecución de los acuerdos en sus artículos 25 a 27. La primera diferencia pretendía ser solución al problema antes comentado sobre quién debe acudir al notario para elevar el acuerdo a escritura pública pero, en mi opinión, no se ha logrado. Dice la ley que lo presentarán las partes sin que sea necesaria la presencia del mediador. Parece lógico que el mediador no vaya, puesto que el acuerdo es de las partes. No obstante, seguimos sin saber si estas deben ir al notario juntas o puede ir cada una por su cuenta, en cuyo caso tampoco sabemos si necesitan el consentimiento de las demás partes para elevar el acuerdo a escritura pública.

La otra novedad de este título es que se ha eliminado el antiguo artículo 28 que disponía que los acuerdos cuyo contenido fuese contrario a Derecho no podrían ejecutarse.

Por lo que respecta a las disposiciones de la ley, han de mencionarse:

- ▲ **Disposición adicional cuarta:** introduce, con muy buen criterio, la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Obliga a garantizar la accesibilidad de los entornos, lengua de signos, apoyo a la comunicación oral, braille, comunicación táctil y cualesquiera otros medios para que puedan participar plenamente en la mediación, incluyendo los medios electrónicos. Esta última inclusión me parece curiosa cuando menos porque la mediación por medios electrónicos no es obligatoria en ningún punto de la ley. Como mucho es preferente. Lo que quiero expresar es que, adaptar esta forma de

mediación a personas con discapacidad cuando no se va a hacer nada por el resto de personas que pudieran estar interesadas, me parece hacer a estas últimas de peor condición que las primeras, y eso no es igualdad ni discriminación positiva.

- ⤴ **Disposición final séptima:** regula el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad. Señala que tendrá una duración máxima de un mes desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes. Este es el único límite temporal establecido en la ley. Por ello es extraño que no se regule la duración máxima de la prórroga.
- ⤴ **Disposición final novena:** establece la obligación del Gobierno de emitir un informe sobre la aplicación de esta ley y propuesta de mejoras que mandará a las Cortes en el plazo de dos años.

Capítulo IV. Mediación online

Hasta ahora hemos estado exponiendo un panorama general de los métodos extrajudiciales de resolución de controversias a través del enunciado de conceptos básicos, el marco normativo de la UE y, a nivel nacional, la legislación española en la materia.

A continuación vamos a plantearnos qué es la mediación online o mediación por medios electrónicos y qué características posee o debiera poseer para, inmediatamente, examinar el entorno legislativo en la materia.

1. ¿Qué es la mediación online?

1.1. Concepto

Partimos de la base de que en España no hay regulación de la mediación online y nuestra Ley 5/2012 hace pocas menciones a la misma. La más importante de ellas se encuentra en la disposición final séptima que versa sobre un procedimiento simplificado para reclamaciones de cantidad, el cual ha sido visto como una primera forma de definir la mediación electrónica¹⁰¹. Se indica que el Gobierno promoverá este procedimiento que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Obsérvese que promover es distinto de crear, por lo que es fácil que esta disposición caiga en el olvido o se retrase hasta que nos veamos obligados por la legislación europea a retomarla. No obstante, creo que debería empezarse a trabajar en un cambio de cultura que opere hacia el uso de las nuevas tecnologías por todos los ciudadanos.

En todo caso, la Ley no aporta un concepto de mediación online y ninguna otra norma lo hace. No existe un concepto jurídicamente establecido. La clave estará en determinar hasta qué grado han de ser utilizadas las herramientas telemáticas en el procedimiento de mediación para que este se considere desarrollado electrónicamente.

Así, la mediación online puede considerarse como aquella cuyo pacto de sometimiento a la misma o acuerdo final son consentidos por Internet u otras redes de contacto informático. Desde este punto de vista se considera que la mediación implica la perfección de uno o dos acuerdos de voluntades: por una parte, un convenio trilateral entre las partes y el mediador que se asimila a un arrendamiento de servicios y, por otro, un contrato entre dichas partes si logran llegar a un acuerdo. Al tratarse de contratación electrónica resulta aplicable la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, de la que deduce que un contrato es electrónico cuando se perfecciona por esa vía¹⁰².

Es cierto que para que haya mediación, en un primer momento deberá existir, como mínimo, un convenio de las partes de sometimiento a esta ADR y, posteriormente, un contrato de los servicios del mediador y del marco virtual en que se vaya a desarrollar el proceso. No obstante y una vez superado este momento, no comparto la opinión de que la naturaleza de la mediación sea la de un contrato porque, como ya he expresado anteriormente, no es el acuerdo lo que se debería buscar sino la restauración de una buena relación entre las partes y su transformación en personas mejores.

Otra manera de definir la mediación online es como un proceso documentado que, a través de la inclusión de un mediador actuando por solicitud de un primer participante, invita a la contraparte a responder, registrándose la presencia o ausencia de esta en el proceso dentro de límites fijos de tiempo. Una vez iniciado el proceso, 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 parámetros establecidos por la entidad que ofrece el sistema¹⁰³.

¹⁰¹ CONFORTI, F., *Mediación electrónica...*, op. cit., p. 1 y *La mediación electrónica, una oportunidad...*, op. cit.

¹⁰² GARCÍA-ROSTÁN, G., “Mediación on line” ..., op. cit., p. 402 ss

¹⁰³ FEMENIA, N. “Sistemas on line...”, op. cit., p. 111-112

Este concepto responde más al proceso de mediación electrónica que a la propia naturaleza de la misma y por ello no lo trataré en este epígrafe. No obstante, resultan útiles sus aportaciones en cuanto a características del proceso en línea. Efectivamente, todo queda documentado porque, o bien es un procedimiento escrito (chats, e-mails, etc.) o puede grabarse (por ejemplo, una videoconferencia).

Sí me gustaría hacer dos precisiones respecto a la idea de que la decisión final es establecida por el mediador online o por el sistema automático. La primera es que el mediador no establece decisión alguna sino que son las partes las que llegarán, o no, a un acuerdo. En todo caso, puede ser el mediador el que redacte el contenido de la decisión de estas pero no lo establece. La segunda es que, en mi opinión, no existe una mediación automática¹⁰⁴, es decir, que ninguna máquina ni programa informático puede suplir la función de ayuda a la comunicación del mediador. ¿Qué clase de programa es capaz de sosegar la ira de una persona o de intuir un sentimiento, sea el que sea? La única explicación plausible es que esta forma de mediación se ha basado en el modelo de Harvard y no en la escuela de la transformación. En mi opinión, el tercero en la mediación debe ser una persona física siempre. No obstante, si consideramos la idea anterior de que el mediador pone por escrito lo pactado por las partes, sí tiene cierto sentido que sea un programa el que lo haga.

Veamos ahora un tercer concepto de mediación online. Se trata del 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”¹⁰⁵.

Esta es, en mi 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 esto y en aras a evitar ambigüedades o posibles malentendidos, creo que la mediación online, telemática o por medios electrónicos debería definirse como el método de resolución y gestión de controversias en que dos o más partes, con la ayuda de un mediador, intentan dialogar sobre su problema a distancia en un entorno virtual propiciado por medios electrónicos.

1.2. Ámbito de aplicación

En cuanto a las relaciones susceptibles de ser mediadas online, hay quien considera que resulta aplicable a todas las materias haya distancia geográfica o no, los hay que opinan que sólo debería aplicarse a conflictos de consumo con independencia de la forma de contratación (tradicional u online) y un tercer grupo piensan que sólo son susceptibles de este ODR los problemas relativos a consumo que se hayan generado en Internet¹⁰⁶.

Sin duda, la UE está apostando por los ODR en materia de consumo cuando el conflicto haya surgido en el ámbito de Internet y algunos de nuestros vecinos europeos ya están incluyéndolo en sus legislaciones, como por ejemplo, Italia¹⁰⁷. Contrariamente a lo anterior y teniendo en cuenta la legislación española vigente prevista para la mediación, esta no sólo no resultará aplicable al

¹⁰⁴ FEMENIA es una firme defensora de lo contrario. De hecho, en su artículo *Resolución de disputas en y por Internet* afirma que “lo mas 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 prescindien de la intervención de un ser humano en el proceso de la resolución de la disputa”. Disponible en http://www.mediate.com//articles/disputas_en_y_por_internet.cfm

¹⁰⁵ CORTI, G. y ROSSI, M., *La mediación “on line”...*, op. cit., p. 1

¹⁰⁶ CORTI, G. y ROSSI, M., *La mediación “on line”...*, op. cit., p. 6. Por su parte, parece que FEMENIA se une al primero de los colectivos, pues si bien se refiere exclusivamente a los dos últimos en FEMENIA, N. “Sistemas on line...”, op. cit., p. 104 ss, ha publicado también un artículo a favor de la mediación familiar on line disponible en <http://inter-mediacion.com/mediacionfamiliaronline2.htm>

¹⁰⁷ El italiano Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, nº 28, dispone en su artículo 3.4 que la mediación podrá desarrollarse por los medios telemáticos previstos en los reglamentos internos de los organismos que presten servicios de mediación. Así pues, el uso de los ODR dependerá de que el proveedor del servicio tenga previsto su uso.

consumo (por ahora) y no será obligatoria, sino que lo será en los ámbitos civil y mercantil, incluyendo en teoría al ámbito familiar.

Entonces, parece ser que la aplicación principal de la mediación en línea en España podría ser en los conflictos provocados por separaciones y divorcios, dado que esta es la materia en más se recurre a este método de resolución de controversias. Ante dicha posibilidad, me planteo si resulta adecuado o no, porque ya hemos visto que en los ODR se pierde la comunicación no verbal. Falta el encuentro “cara a cara”. En principio, las legislaciones autonómicas, si bien no prevén el método online para estas cuestiones, tampoco lo prohíben expresamente.

Se dice que idealmente, hay que comenzar con una reunión cara a cara para clarificar el proceso, establecer la confianza y verificar las condiciones para un dialogo efectivo entre los tres lados (o los que haya) para luego continuar online, y también que el mediador deberá llevar a cabo un esfuerzo extraordinario para “traducir” las intenciones de las partes de una a otra¹⁰⁸.

Desde luego, una primera sesión en la que se produzca el encuentro físico de las partes y del mediador ayudará a la labor de este de creación de la confianza. Sin embargo, creo que no resulta suficiente¹⁰⁹. La construcción de un clima de confianza es fundamental para el éxito de la mediación, ya sea orientada al acuerdo o a la transformación de las partes, aunque más en este último caso.

La creación de confianza empieza con la recepción de las partes por el mediador. Este debe crear un clima adecuado en que los participantes se sientan cómodos tanto física como mentalmente, de manera que les sea más sencillo expresar sus sentimientos e iniciar un diálogo. El mediador tan apenas dispone de esta sesión inicial de presentación para hacerse con la confianza de las partes. Mientras se presenta, les explica qué es la mediación y cómo puede ayudarles a gestionar su problema, y cómo va a funcionar, ha de haber ganado la confianza de las partes hacia él mismo y, por extensión, hacia el proceso de mediación como método adecuado de resolución extrajudicial de controversias. Debe prestar atención al estado emocional de las partes, porque puede que alguno llegue no sólo con reticencias, sino enfadado o iracundo, por lo que tendrá que ser capaz de manejar estas emociones y, al mismo tiempo, mantener la concentración de las partes en su discurso. Al final de esta sesión será cuando les pregunte si desean iniciar la mediación y en ese momento se verá si realmente el mediador ha sido capaz de ganar la confianza de las partes. Esto se podría suplir con una sesión presencial pero luego, dicha confianza ha de mantenerse y el medio electrónico no es el mejor aliado del mediador en este caso. El problema es que no se ven y por ello, los únicos datos que poseen para deducir el significado exacto de lo escrito es precisamente lo escrito. Deberán ser muy cuidadosos con el lenguaje que utilicen porque es muy directo y hay cosas, como la ironía, que no se entienden. Por ello, el mediador deberá hacer un gran esfuerzo por no crear malentendidos ni dar sensación de parcialidad y tendrá que estar continuamente vigilando esa confianza.

Algunos casos que se proponen como idóneos para uso de la versión ODR de la mediación son¹¹⁰:

- ♣ **Distancia geográfica de los padres:** estoy de acuerdo con ello porque ante la imposibilidad del encuentro físico, sigue siendo mejor una mediación por medios electrónicos, que permitirá a las partes gestionar su problema sin necesidad de traslados y los gastos que estos conllevan, que acudir a un juez que hará trasladarse a una de las partes con el fin de desarrollar el proceso o bien aplicará las consecuencias de la inasistencia y seguirá adelante, amén del resultado win-lose contrapuesto al win-win.
- ♣ **Grado de hostilidad entre las partes que hace el diálogo imposible:** se encuentran entre las habilidades del mediador las técnicas para tratar la ira y la hostilidad. De hecho, es habitual que en la primera sesión afloren aquellos sentimientos y posteriormente, puede haber brotes. Es por ello que, en mi opinión, no debería ser esta una de las

¹⁰⁸ FEMENIA, N., *Mediación familiar on line: ¿ayuda o desafío?*
<http://inter-mediacion.com/mediacionfamiliaronline2.htm>

¹⁰⁹ Sobre esta cuestión, CORTI y ROSSI indican que es una de las preocupaciones manifestadas por los mediadores que ya practican la mediación online.

¹¹⁰ FEMENIA, N., *Mediación familiar on line: ¿ayuda o desafío?...*, op. cit.

situaciones que resultan idóneas para una mediación en línea. El mediador ha de estar preparado para hacer frente a tales circunstancias y, en caso de que la hostilidad sea tal que quede fuera del control tanto de las partes como del mediador, tal vez la mediación no sería el método ideal para que estas personas resolvieran sus problemas o puede que resultara conveniente el tratamiento terapéutico de las mismas antes de volver a intentar la mediación o acudir a otra forma de resolución de conflictos.

- ✦ **Constancia de abuso emocional o violencia doméstica:** en este caso, directamente la mediación no debe intentarse¹¹¹. Este es un proceso que requiere de la igualdad de las partes, de manera que si una de ellas tiene una superioridad física o psíquica sobre la otra, el resultado puede ser una sumisión o rendición sin condiciones, por lo que se dejaría a la parte “inferior” en peores condiciones que antes de comenzar la mediación. Además, estamos hablando de una conducta que podría constituir un ilícito penal, por lo que este caso debería acabar en los tribunales. En este caso, es una función crucial del mediador diferenciar las maniobras de poder desigual que puedan cambiarse, de aquellas que no se pueden reorientar durante la mediación. Si se puede modificar, el mediador recordará a los participantes la necesidad de igualdad en la toma de decisiones. Si no se puede por maltrato físico, intimidación, etc., el mediador debe notificar a ambos participantes la evaluación, suspender el proceso de mediación y reenviarlo a abogados, psicólogos u otros profesionales de apoyo¹¹². Cuestión distinta es que el objeto de la mediación sea el propio abuso emocional o la violencia doméstica, es decir, en una mediación familiar por separación o divorcio se están tratando los sentimientos de las partes respecto de esa ruptura y las consecuencias para los hijos, lo cual es un problema muy distinto del posible abuso o violencia porque están implicados los intereses y la seguridad de terceros que no son las partes. No obstante, dos personas pueden acudir a una mediación para tratar exclusivamente su problema de malos tratos porque son sus intereses y seguridad los que están en juego. Se trataría de una mediación penal basada en la justicia restaurativa que busca principalmente la devolución del protagonismo a la víctima y su reparación emocional¹¹³.
- ✦ **Confusión sobre documentos y declaraciones de ingresos:** esta situación no implica, en mi opinión, modificación alguna del proceso de mediación. Quiero decir que si tal confusión existe, existirá tanto en la versión tradicional como en la versión online, por lo que tampoco constituye un caso ideal para usar la mediación por medios electrónicos.
- ✦ **Desorganización en las prácticas diarias de ambos padres:** esto tampoco tiene incidencia en el uso de la versión ADR u ODR de la mediación. Es más, en todo caso, creo que será mejor el encuentro cara a cara por el que las partes “se obligan” a acudir a las sesiones que un proceso en línea en que estas pueden contestar cuando lo deseen.
- ✦ **Se requiere una alternativa de comunicación entre los padres que evita poner a los niños de mensajeros entre ellos¹¹⁴:** siempre hay que evitar usar a los niños como moneda de cambio y esta es una manifestación de las que pueden darse. Sin duda los padres deberán encontrar la forma de comunicarse sin meter a los niños de por medio pero no creo que necesiten una mediación para ello. Hoy la tecnología permite muchas

¹¹¹ Es más, en asuntos que pudieran ser competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la mediación está expresamente prohibida por el apartado 5 del artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹¹² FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Mediación. Resolución...*, op. cit., p. 184-186

¹¹³ Sobre este tema vid. RÍOS, J.C., *Justicia restaurativa y mediación penal...*, op. cit.

¹¹⁴ Respecto de estos tres últimos casos, FEMENIA señala posteriormente que serían susceptibles de solucionarse a través de metodologías tecnológicas de cooperación para padres, como puede ser un software organizado como una plataforma para guardar los documentos necesarios para la interacción familiar: horarios, historias médicas y actividades de los niños. Funciona como una mezcla de centro de información y de agenda compartida. Desde luego que es una herramienta muy interesante y útil pero creo que queda fuera del ámbito de discusión de la idoneidad de la mediación online. Sí considero que debería proponerse como una de las medidas que pudieran llegar a acordar las partes.

formas de comunicación que ni siquiera requieren el encuentro de las personas: pueden hablar por teléfono, enviarse e-mails, usar aplicaciones de mensajería instantánea como el WhatsApp, etc. y tan sólo necesitan meter la mano en su bolsillo para sacar el móvil. Cuestión distinta sería que no fueran capaces de tomar decisiones conjuntas respecto de la vida de sus hijos, en cuyo caso una mediación sí sería idónea.

Concluyendo, en el ámbito familiar no siempre resulta productiva una mediación online porque se requiere mucho más que una pantalla de ordenador. Es necesario ver a las demás personas implicadas para convencerse de su interés y compromiso con el proceso. Por ello creo que, en todo caso, debería utilizarse en última instancia para casos en los que realmente no se pueda producir el encuentro de las partes por motivos de distancia geográfica, y siempre mediante videoconferencia, que va a devenir en el sustituto más fidedigno de un “cara a cara”.

1.3. Objeto

Otro de los temas críticos que suscita la mediación online es su capacidad para cumplir con sus objetivos. Desde luego dependerá del punto de vista. Si partimos de la escuela de Harvard y por tanto nos orientamos a satisfacer el interés inmediato y a lograr un acuerdo, resultará más sencillo porque el ODR será eminentemente práctico. Veamos las fases tradicionales¹¹⁵ para analizarlas con la perspectiva de la mediación por medios electrónicos:

- ▲ **Introducción y creación de estructura y confianza:** una tarea importante es evaluar las actitudes de los participantes acerca de la mediación, así como su disposición hacia el proceso. Además, esta etapa se utiliza para recabar información pertinente sobre las percepciones del conflicto que tienen los participantes, sus metas y expectativas y la situación de conflicto. Esta fase se da en ocho pasos: presentación breve y acomodo en los asientos, declaración preliminar del mediador, confirmación de los datos del caso, cesión de la palabra a los participantes, discusión de las expectativas, criterios de la mediación, revisión y firma del convenio de empleo y honorarios y discusión sobre los pliegos de trabajo. ¿En qué se traduce esto cuando la mediación se tramita online? El mediador deberá crear el clima de confianza para que las partes se sientan orientadas al uso de la mediación y decidan no desistir de ella¹¹⁶. Sin embargo, los ocho pasos se van a ver muy reducidos. Se trata de que el mediador haga una presentación de sí mismo y de la mediación, traten los aspectos a determinar por las partes (idioma que van a usar, si habrá sesiones individuales, excepciones a la confidencialidad, etc.) y determinen si van a seguir adelante, en cuyo caso firmarán el acta de constitución y expondrán su versión de los hechos. Observemos que toda la información necesaria para el mediador puede haber sido solicitada previamente en un formulario electrónico, de manera que éste puede limitarse a cotejarla, lo cual puede tener el efecto agregado de crear confianza.
- ▲ **Planteamiento de hechos y aislamiento de problemas:** requiere que se definan todos los problemas. Por medio de un pliego de trabajo, el mediador ayuda a los participantes a cubrir las áreas de desavenencia y los problemas interrelacionados que deben discutir para llegar a un plan en el que puedan basar su vida. Además, el mediador actúa como escribiente, registrando datos y determinando cuáles son las áreas cerradas (o ya resueltas) y cuáles están abiertas a discusión. Una vez más, la información puede provenir de los formularios del principio. En esta ocasión se trata de detallar los conflictos y decidir cuáles se van a tratar y cuáles no y el mediador ni siquiera tendrá que ponerlo por escrito porque ya constan por escrito.
- ▲ **Creación de opciones y alternativas:** esta etapa contiene dos tareas principales: ayudar a los participantes a articular las opciones que conocen o desean y desarrollar nuevas opciones más satisfactorias que las anteriores. El mediador pedirá a los participantes que

¹¹⁵ FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediación. Resolución...*, op. cit., p. 55-84

¹¹⁶ GARCÍA, M., *“La formación del profesional...”*, op. cit., p. 154.

aporten una brainstorming durante la sesión o como tarea. Esta fase no difiere demasiado respecto del método tradicional. Se pide a las partes que aporten sus ideas, sean cuales sean, y de ahí se irán perfilando alternativas posibles. Efectivamente, se puede hacer en la sesión con el aliento del mediador o bien en casa para aportarlo a la siguiente sesión. Dependerá de cómo el mediador vea la iniciativa de las partes

- ▲ **Negociación y toma de decisiones:** esta etapa constituye un momento en que los participantes examinan la realidad y las consecuencias de las opciones que han desarrollado. La tarea del mediador consiste en replantear esta negociación para hacer la siguiente pregunta: ¿cuál es la opción que se ajusta mejor a las necesidades generales?. El mediador debe impulsar a los participantes hacia una postura cooperativa. Es necesario insistir a ambos participantes para que se comprometan respecto de alguno de los puntos menos importantes. En cuanto a los problemas de mayor alcance, los participantes deben elegir las opciones que les parecen aceptables, aunque éstas no correspondan a su deseo original. Se les debe alentar para que asuman el riesgo y decidan. Esto se traduce en que, de las alternativas creadas en la etapa anterior, las partes deben seleccionar algunas como posibles soluciones, tarea que tampoco supone un problema en el método online. Sin embargo, no creo que insistir a las partes para que se comprometan sea un cometido del mediador. Recordemos que la mediación se basa en la voluntariedad, de manera que nadie salvo las partes mismas debe influir en el resultado. No es obligatorio concluir un acuerdo.
- ▲ **Esclarecimiento y redacción de un plan:** la función de esta etapa es producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes, sus decisiones y su conducta futura. Debe redactarse de manera que los participantes puedan leer con facilidad y revisar posteriormente cuando los problemas resurjan. La redacción debe ser concisa, aunque completa, y en formato claro. El mediador debe ser la persona principalmente encargada de registrar, organizar y reflejar con precisión las decisiones alcanzadas. Esta fase supone que, en base a las negociaciones anteriores, el mediador redacta un documento de acuerdo que puede enviar a las partes para que estas lo revisen y, si están de acuerdo, lo firmen y se lo devuelvan.
- ▲ **Revisión y proceso legal:** es necesaria esta fase cuando los conflictos deban relacionarse con la sociedad en general. En esta etapa el poder, el control y la responsabilidad dejan de estar en las manos de los participantes y del mediador. Este debe informar a los participantes sobre los mecanismos necesarios para obtener una ratificación. Es decir, que el mediador deberá informar a las partes de que pueden elevar el acuerdo a escritura pública para que sea ejecutivo.
- ▲ **Puesta en práctica, análisis y revisión:** los participantes hacen el intento de poner en práctica los términos del convenio. No requiere la intervención activa y continua del mediador. Esta última etapa está exclusivamente en manos de las partes, por lo que no afecta al ODR.

A la vista de todo el proceso, no parece que surjan especiales complicaciones en la adaptación de la mediación tradicional al ODR. El mediador se encontrará con el problema inicial de creación de confianza pero, a partir de ahí, el procedimiento transcurre con total normalidad hacia la consecución del acuerdo.

No obstante, ¿es este el verdadero objetivo de la mediación? En mi opinión no. Creo que el éxito de la mediación no radica en alcanzar un acuerdo, sino en que las partes hayan llegado a cobrar conciencia de las oportunidades de revalorización y reconocimiento que se les presentaron durante la mediación, en que se las haya ayudado a aclarar sus metas, alternativas y recursos, y después a adoptar decisiones informadas, reflexivas y libres acerca del modo de actuar en cada punto de decisión y, finalmente, se las haya ayudado a otorgar reconocimiento cuando su decisión se manifestaba en ese sentido¹¹⁷.

¹¹⁷ BARUCH, R. y FOLGER, J., *La promesa de...*, op. cit., p. 147-149

¿Pero qué significado tiene esto? ¿Qué son la revalorización y el reconocimiento? Vamos a ver con un poco más de detalle el objeto de la mediación según el punto de vista de la escuela de la transformación.

Su respuesta ideal a un conflicto consiste en ayudar a transformar a los individuos comprometidos en dos dimensiones del crecimiento moral. Los individuos pasan a ser confiados, sensibles y considerados, por lo que han cambiado. Si la mediación va a ir cambiando y mejorando a las personas, en definitiva se acaba transformando la sociedad. La orientación transformadora considera las disputas como oportunidades de crecimiento y transformación moral en dos dimensiones que son:

- ▲ **Fortalecimiento del yo:** es la capacidad humana intrínseca de cada uno para afrontar las dificultades de toda clase comprometiéndose en la reflexión, la decisión y la acción como actos conscientes e intencionales. Se consigue a través de la revalorización, que se alcanza cuando se adquiere una conciencia más sólida de la propia valía personal y la capacidad para resolver las dificultades que se afrontan, sean cual sean las restricciones externas.
- ▲ **Superar los límites del yo para relacionarse con los otros:** capacidad humana inherente del individuo para experimentar y expresar interés y consideración por otros, y especialmente por aquellos cuya situación es distinta de la que uno mismo tiene. Supone otorgar reconocimiento, que se alcanza cuando las partes son capaces de mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y las cualidades humanas de la otra parte.

Resumiendo, la escuela de la transformación considera que la mediación es un instrumento extrajudicial de gestión de los conflictos con un potencial específico para mejorar a las personas, puesto que ofrece innumerables oportunidades de revalorización de uno mismo (autoestima) y de reconocimiento de la situación y emociones de la otra parte (empatía), de manera que, mejoradas las personas, mejorará la sociedad en su conjunto.

En mi opinión, este es el auténtico y legítimo objetivo de la mediación porque la búsqueda de un acuerdo no es más que un parche a una situación determinada. Este y no el pacto es el sentido que se debe dar al método porque, vista la legislación, la proliferación de profesionales de la mediación y las opiniones de los expertos, esta ADR se está quedando sin contenido y se está olvidando su esencia.

Explicado este objetivo, vamos a ver cómo se adaptan las fases del proceso de mediación tradicional a la versión online del mismo pero antes cabe mencionar que esta escuela considera que no existen unas fases estanco, sino que el mediador debe estar cómodo sin saber cómo van a surgir las cosas. Los conflictos varían pero las oportunidades de revalorización y reconocimiento son las mismas. Etapas:

- ▲ **Llegada de las partes:** la habilitación y las oportunidades de reconocimiento surgen mientras las partes ofrecen comentarios, formulan preguntas y afrontan decisiones. Este momento coincide con la sesión inicial en que el mediador hace la presentación de sí mismo y de la mediación. Además presenta las reglas básicas de la mediación. Puede ocurrir en el medio online que las partes hayan tenido conocimiento de esta información con carácter previo a través de formularios o que, simplemente, no intervengan con comentarios y preguntas porque no es su momento de hablar, lo cual hace más difícil la labor del mediador porque no han surgido esas oportunidades que espera. El medio electrónico es menos dado a las interrupciones debido precisamente a la ausencia del cara a cara. Tendremos además el problema habitual de creación de confianza. Si lo hay y las partes así lo manifiestan, será una estupenda oportunidad para que el mediador fomente la revalorización. Por ejemplo, si uno de los participantes está esperando que el mediador diga lo que hay que hacer, este aclarará su rol no resolutorio y subrayará la responsabilidad de las partes en la decisión. Al devolverle esta capacidad, la persona sentirá autosuficiencia de cara a solucionar su problema por sí misma.
- ▲ **Estrechamiento del ámbito de discusión:** el mediador trabaja sobre las oportunidades

de revalorización y reconocimiento que hayan surgido con la explicación de las reglas hasta que se agoten las oportunidades. Esto sólo podrá hacerlo si las partes deciden intervenir en algún momento. No obstante, el discurso inicial ya puede propiciar algunas de ellas.

- ♣ **“Puestos” de mediación:** las partes se encasillan en una conducta y se agota el diálogo entre ellas.
- ♣ **Ampliación de la discusión:** el mediador interviene para ampliar la discusión y crear un campo más amplio de oportunidades de revalorización y reconocimiento. Cerrada la bienvenida, el mediador pedirá a las partes que expliquen sus versiones.
- ♣ **Repetición de ciclos:** las tres últimas fases se repiten. El número de repeticiones dependerá de cada caso. A lo largo de este ciclo se analizarán las versiones y surgirán emociones, problemas ocultos, etc. Siempre se irá estrechando la discusión hasta el punto en que el mediador deba intervenir para ampliarla. Sin embargo, con cada repetición, el ámbito de la discusión será mayor que en el anterior ciclo porque ha surgido más información, de manera que cada vez tardará más en agotarse. Hasta aquí, vemos que el mediador interviene poco y que son las partes las que llevan el peso de la conversación. La versión online de este diálogo puede desarrollarse con normalidad, si bien se corre el riesgo de que los comentarios del mediador no lleguen en el momento preciso porque la otra parte ya haya contestado o que, al ser por escrito, las partes no manifiesten muchas de las cosas que piensen, entre las cuales sin duda habrá reconocimientos a la situación de la otra parte. El mayor problema que le veo a este método es que muchas veces, el indicio del reconocimiento viene por un gesto y no por una manifestación oral.
- ♣ **Resumen de logros:** el mediador hace un repaso de los logros que las partes han conseguido a lo largo de la sesión. Estos pueden ser haber participado en el diálogo, haber escuchado al otro, haber aprovechado las oportunidades de revalorización y reconocimiento, etc. No supone problema alguno hacer esto en red, puesto que se trata de retomar lo dicho, que ya consta por escrito, organizarlo y devolverlo a las partes para que tomen conciencia de su propio avance tanto emocional como práctico sobre la gestión del conflicto, lo cual también genera revalorización y, posiblemente, reconocimiento.
- ♣ **Redacción de logro y compromisos:** agotadas todas las oportunidades de revalorización y reconocimiento, las partes redactan los logros y compromisos, si los hay. En el medio online, esta es una extensión de lo anterior. Esta vez son las partes las que dicen al mediador qué debe constar y qué no en el escrito final. Como el éxito de la mediación se basa en el cambio de las partes y no en el acuerdo, deberían constar cada uno de los logros alcanzados por cada una de las partes y, si han llegado a un acuerdo, éste.

Como puede verse, la mediación transformadora en línea puede resultar más complicada que la versión de Harvard porque se pierden muchos matices que podrían constituir oportunidades de revalorización y reconocimiento. No obstante y como ocurre con la mediación familiar, creo que una videoconferencia sería capaz de salvar estos impedimentos.

Capítulo V. Problemas técnicos y sus soluciones

Ya hemos visto qué es la mediación online y algunas de las cuestiones más problemáticas que suscita. Sin embargo, me ha parecido oportuno dejar para el final los problemas técnicos que puede conllevar, incluyendo entre ellos la garantía de los principios que establece la vigente Ley 5/2012.

Así pues, voy a comenzar por plantear el cumplimiento de dichos principios para, a continuación, analizar algunos temas de índole estrictamente técnica que se pueden suscitar en la elaboración de un programa informático de mediación por medios electrónicos¹¹⁸. Vamos a ello.

1. Garantías de los principios del proceso de mediación a través de un procedimiento electrónico

Recordemos que los principios informadores que deben regir la mediación son, según el título II de nuestra Ley en la materia, la voluntariedad y libre disposición, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, la neutralidad, la confidencialidad y la actuación de las partes a lo largo del proceso.

1.1. Voluntariedad y libre disposición

Se regulan en el artículo 6 de la Ley 5/2012, o más bien la voluntariedad porque de la libre disposición no se dice nada. Este principio supone la decisión libre y autónoma de cada parte para iniciar o no el proceso de mediación así como para abandonarlo y también la facultad para concluir o no un acuerdo. Se trata de que la autonomía de la voluntad de las partes sea lo más amplia posible. Por su parte, la libre disposición se refiere a las materias objeto de mediación que siempre habrán de ser dispositivas.

El cumplimiento online de estos dos no resulta complicado en modo alguno. Las partes siguen siendo libres para aceptar, rechazar o abandonar la mediación y para pactar o no. Se les puede ofrecer por e-mail la posibilidad de participar en el proceso y estas decidirán lo que crean conveniente. Casuística:

- ♣ **La parte ha recibido el e-mail pero no lo ha leído:** debería establecerse un plazo razonable, por ejemplo una semana, a contar desde el día siguiente al de la recepción del mensaje, cosa que puede lograrse solicitando confirmación de recepción al enviar el e-mail. Transcurrido este, debería el mediador intentar contactar con la persona por teléfono o mediante correo ordinario para obtener una respuesta. Si tras esto la parte sigue sin leer el mensaje y no ha podido ser contactada de otra forma, se entenderá que rechaza la mediación.
- ♣ **La parte ha leído el e-mail pero no contesta:** para este caso se puede establecer un plazo de tiempo razonable, por ejemplo dos semanas, transcurrido el cual se considere que tal parte ha rechazado la mediación. Dicho plazo se contaría desde el día siguiente a aquel en que se produjera el acceso de la persona al contenido del mensaje, lo cual se puede hacer solicitando confirmación de lectura del e-mail enviado.
- ♣ **Iniciada la mediación online, alguna de las partes deja de intervenir de forma prolongada:** esto puede solucionarse o tratar de evitarse mediante el establecimiento de unas reglas iniciales de funcionamiento que dará el mediador a las partes antes de comenzar con las sesiones propiamente dichas y que tienen que permanecer en todo momento a disposición de estas para que puedan revisarlas cuando lo deseen. Una de las reglas de interacción debería hacer referencia a los tiempos de respuesta de manera que,

¹¹⁸ Con los únicos fines de mejorar la calidad del presente trabajo, me ha parecido interesante realizar un simulacro de creación de un programa informático que constituyera el marco virtual para desarrollar una mediación online. Para ello he contado con la inestimable ayuda de Javier José Boira, ingeniero técnico informático de sistemas licenciado por la EUPLA de la Universidad de Zaragoza y gran amigo mío.

en un proceso sincrónico las partes deban contestar en el momento tomándose el abandono de la conversación como abandono de la mediación y, en un proceso asincrónico, se establecerá un plazo de 24-48 horas para dar respuesta, transcurrido el cual también se considera desistida la mediación. En todo caso, los participantes deberían tener siempre a su disposición un documento electrónico de renuncia.

En cuanto a la libre disposición, deberá informarse a las partes desde el primer momento de si su conflicto es o no susceptible de ser mediado. En caso negativo, la mediación ni siquiera llegará a iniciarse, por lo que no supone problema alguno.

1.2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores

El artículo 7 de la Ley 5/2012 traduce esto en la igualdad de oportunidades de intervención de las partes, equilibrio entre sus posturas y respeto a sus puntos de vista, de manera que el mediador no podrá actuar en interés o perjuicio de ninguna de ellas, lo cual es la mencionada imparcialidad. El primero es un principio de equidad que supone que las partes podrán presentar libremente argumentos, información, pruebas, opiniones, comentarios, etc. El segundo es un principio que afecta al mediador en su relación con las partes. No puede favorecer a una parte en detrimento de la otra ni perjudicar a una en favor de las demás. Entiendo que el equilibrio entre posiciones de las partes se refiere a vigilar la existencia de desequilibrios de poder, que son causa de finalización de la mediación.

Estos principios se pueden cumplir en la versión online estableciendo turnos de palabra, por ejemplo. Siempre puede haber interrupciones como en el método tradicional pero otra de las reglas de interacción podría aludir a dichos turnos, asegurando a las partes que van a tener ocasión de rebatir cuanto se diga. Si además la mediación se desarrolla por escrito (chat, e-mails, etc.), es más fácil el autocontrol de emociones, de manera que habrá menos problemas en este sentido.

1.3. Neutralidad

La neutralidad del artículo 8 se refiere a la actuación del mediador, de forma que no tendrá interés alguno respecto del resultado de la mediación. Así, son las partes las que, en todo caso, llegarán o no a un acuerdo.

El cumplimiento de este principio se produce igual en el método tradicional que en la versión online. Se trata de algo que ocurre en la esfera íntima del mediador, por lo que es muy difícil detectarla salvo conductas de incitación al acuerdo, de aceptación de determinadas condiciones o de disuasión de aceptación de estas.

1.4. Confidencialidad

El artículo 9 de la Ley dispone que el procedimiento de mediación y su documentación son confidenciales, de manera que ni el mediador, ni las partes, ni las instituciones de mediación ni terceros intervinientes pueden revelar la información en ellos obtenida, salvo dispensa expresa de las partes o resolución judicial penal motivada.

Este es el principio que mayores problemas genera en la versión online¹¹⁹ porque cuando el procedimiento se desarrolla por escrito, nunca se va a tener la certeza de que quien está contestando es quien dice ser. Incluso tratándose de una videoconferencia podría existir suplantación porque el mediador no tiene por qué haber visto antes a las partes, no sabe qué aspecto tienen, aunque en este caso se solucionaría fácilmente mostrando el DNI o NIE en primer plano.

Algunas soluciones aportadas al respecto pasan por la encriptación de mensajes, los

¹¹⁹ Sobre este tema *vid.* CONFORTI, F., *Mediación electrónica...*, op. cit. y *La mediación electrónica, una oportunidad...*, op. cit.

mensajes “anónimos” o el uso de seudónimos¹²⁰ pero ninguno de ellos puede garantizar que el receptor sea el destinatario.

También se podría hablar del establecimiento de claves de acceso a la plataforma en que se vaya a desarrollar la mediación pero tampoco es una solución por dos motivos: el primero es que sólo funcionaría para chats porque los correos electrónicos funcionan en abierto (cuestión distinta sería asignar a cada parte una cuenta de correo electrónico con el dominio de la institución de mediación, por ejemplo, aunque esto tampoco garantiza la autenticidad de las personas), y el segundo es que siempre puede ocurrir que la parte dé a otra persona sus claves o simplemente las pierda.

Con independencia de lo que ocurra durante el procedimiento respecto a la confidencialidad, la firma del acta final y/o del acuerdo se hará mediante firma electrónica, por lo que se le otorgará la validez que determine la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Si es avanzada o cualificada, la ley entiende que se está garantizando la identidad de los intervinientes. Entonces, tal vez la solución a todo este problema pasaría por acceder a la mediación siempre mediante esta firma.

1.5. Las partes en la mediación

Por último, el artículo 10 de la Ley 5/2012 incluye a las partes como uno de los principios informadores de la mediación. Tal vez parezca que la ubicación del precepto no es la idónea pero sí tiene cierto sentido porque se incluyen unas normas mínimas de conducta equivalentes a principios que las partes deben respetar en todo momento.

El artículo establece:

- ♣ **Autonomía de las partes para organizar la mediación:** dentro de los principios anteriores.
- ♣ **Conducta de las partes:**
 - Respecto a las demás partes: lealtad, buena fe y respeto mutuo. Incluye la prohibición de ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales entre ellas por el mismo objeto de la mediación.
 - Respecto del mediador: colaboración, apoyo permanente y deferencia a su actividad.

Igual que en la forma tradicional de mediación, en la versión online dependerá de las partes el cumplimiento de estas normas mínimas. Sólo pueden ser ellas en su fuero interno las que decidan actuar con honestidad y coherencia. En caso de que no lo hagan, el marco virtual de mediación podría contener algunas herramientas útiles para, al menos, mitigar determinadas conductas como los insultos. Existen mecanismos que cuando detectan, por ejemplo, palabras malsonantes, no envían el mensaje al chat, bloquean los comentarios del emisor durante un período determinado de tiempo (por ejemplo dos minutos) y le devuelven una ventana informativa explicando el motivo por el que se le bloquea y recordando que las normas del sitio no permiten esas expresiones. Esto mismo lo puede hacer el mediador de forma manual.

En cuanto a la organización de la mediación, el mediador puede preguntar a las partes o enviarles un formulario para que expresen sus preferencias al respecto. Pueden decidir, por ejemplo, el idioma del procedimiento, si se podrán realizar sesiones individuales, las excepciones a la confidencialidad, la presencia de terceros, la duración máxima, etc.

2. Problemas técnicos y sus soluciones

En este epígrafe vamos a tratar algunas incidencias técnicas que nos hemos encontrado a lo largo de la realización del simulacro de marco virtual de mediación. Nos ha parecido oportuno a efectos de aportar una mayor claridad y comprensión comenzar con una exposición de las funciones

¹²⁰ CORTI, G. y ROSSI, M., *La mediación “on line”...*, op. cit., p. 2

básicas del programa para, seguidamente, comentar en un cuadro los problemas técnicos, incluyendo tal cuadro la explicación del problema, las posibles alternativas que pueden darle solución y, por último, aquella por la que hemos optado por considerarla óptima. Veamos pues, en primer lugar, en qué ha consistido el programa.

2.1. Definición básica

Este programa es un sistema de interlocución vía chat por medio de clientes ligeros, programas de fácil distribución e instalación en entorno físico, para un grupo de personas llamadas partes. El acceso a la aplicación ha de asegurar que esta interlocución va a cumplir ciertas normas y premisas legales. El mediador y administrador será el moderador y gestor de todas las normativas a aplicar y formas a guardar. A su vez este mediador gestionará el uso de las conversaciones, tanto su creación, finalización como distribución.

2.2. Funcional

En esta parte se van a establecer las funcionalidades que podrán tener cada uno de los usuarios que van a tener acceso a la aplicación. Se diferenciará entre las partes y los mediadores.

2.2.1. Funcional del mediador

El mediador tendrá de inicio acceso a una pantalla de verificación de credenciales que, a su vez, le dará acceso a su pantalla principal de gestión. Una vez dentro podrá elegir entre dos partes diferenciadas: la de conversación, en la que elegirá el asunto a iniciar, y la de gestión de datos de las conversaciones.

2.2.1.1. Pantalla de conversación

Al acceder a la pantalla de conversación el mediador tendrá la posibilidad y capacidad de hacer las siguientes acciones:

- ⤴ Acceder al chat general con capacidad de interactuar con todos los usuarios a través de la caja de texto.
- ⤴ Poder interactuar con una única parte sin que las demás tengan acceso a la conversación. Esta conversación podrá ser guardada íntegramente y/o adjuntada en la conversación principal. Esta última opción sólo ocurrirá si es necesario para el documento final de resolución de mediación y/o con consentimiento expreso de la parte afectada.
- ⤴ Capacidad de bloquear los comentarios de un usuario en el caso que éste se exceda en las conversaciones. Se quedará dos minutos sin poder interactuar con nadie. Siempre que se bloquee a un usuario se deberá elegir una razón del catálogo expuesto.
- ⤴ Capacidad de censurar los comentarios de un usuario en el caso que estén fuera de tono y no vayan con la conversación. Este tipo de comentarios pueden ser del tipo de insultos, palabras malsonantes, etc. Siempre que se censure un comentario se deberá elegir una razón del catálogo expuesto. Esta censura se reflejará solo por pantalla, el comentario quedará grabado en caso de que se necesite como prueba para otro momento.
- ⤴ Añadir comentarios a la conversación que solo podrá ver él para poder tener apuntes propios que poder comentar con las partes. Aquellos que sean vinculantes, es decir, que deban ser un recordatorio para el mediador, aparecerán en otro color. Esto se realizará seleccionando el punto de la conversación en el que se quiere añadir el comentario y a través de un menú adaptado para esto.
- ⤴ Establecer una pausa en la sesión para dar la opción de continuar en otra. Se generará un aviso para todas las partes de cuando se retomará la sesión y bloqueará automáticamente la ventana de interlocución de todas las partes.

- ⤴ Establecer el fin de la sesión de interlocución, definiendo las causas de este fin. Como en la pausa, se mostrará un aviso a todas las partes y automáticamente se cerrarán las ventanas de las partes una vez acepten que han leído el aviso. Al finalizar la interlocución se guardará como fin.
- ⤴ Adjuntar archivos a la conversación para que los demás usuarios puedan acceder a ellos. El archivo tendrá un tamaño límite de 15MB, y no podrá ser un archivo ejecutable, ni de tipo script.

2.2.1.2. Pantalla de gestión de datos

Al acceder a la pantalla de gestión de datos, el mediador tendrá las siguientes opciones:

- ⤴ Dar de alta a una parte nueva: se mostrará una nueva pantalla donde se marcarán los campos obligatorios. Una vez pulsado el botón aceptar se creará una nueva parte.
- ⤴ Modificar una parte existente: se mostrará un buscador de partes donde se localizará a dicha parte. Una vez seleccionada, se mostrarán todos sus datos y se podrán modificar.
- ⤴ Eliminar una parte existente: se mostrará un buscador de partes donde se localizará a dicha parte. Una vez seleccionada, se podrá eliminar.
- ⤴ Para los dos últimos casos, el buscador será una ventana cuyos criterios de localización serán el nombre, primer apellido y/o DNI de la persona.
- ⤴ Crear un expediente de mediación: se generará un número de mediación y se añadirá a las partes que deberán acudir a ella, definiendo la hora de inicio de ésta. Una vez creado, las partes recibirán un correo electrónico con la notificación de la cita y el código de conversación.
- ⤴ Modificar una mediación: mientras una mediación no está finalizada, se podrán modificar los miembros que están en ella, por si ha habido algún error al crearla.

2.2.2. Funcional de la parte

La parte tendrá de inicio acceso a una ventana de verificación de credenciales que, a su vez, le dará acceso a su pantalla, donde deberá aceptar siempre que se conecte un número de leyes predefinido. En la misma pantalla podrá ver el contenido de estas. Si no acepta las normas, se le excluirá y se notificará al mediador o mediadores, los cuales actuarán consecuentemente. Una vez aceptadas las normativas se presentará una pantalla de interlocución.

Al acceder a la pantalla de interlocución la parte tendrá la posibilidad y capacidad de hacer las siguientes acciones:

- ⤴ Acceder al chat general con capacidad de interactuar con todos los usuarios. A través de la caja de texto.
- ⤴ Poder interactuar con el mediador o mediadores sin que las demás partes tengan acceso a la conversación. Ésta podrá ser guardada íntegramente y/o adjuntada en la conversación principal. Esta última opción sólo ocurrirá si es necesario para el documento final de resolución de mediación y/o con consentimiento expreso de la parte afectada.
- ⤴ Adjuntar archivos a la conversación para que los demás usuarios puedan acceder a ellos. El archivo tendrá un tamaño límite de 15MB y no podrá ser un archivo ejecutable, ni de tipo script.

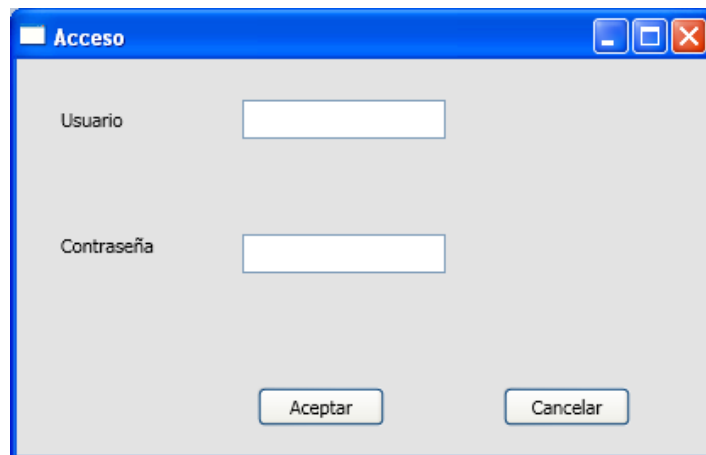
En el caso que una parte abandonara la conversación sin previo aviso, el mediador o mediadores podrán actuar en consecuencia con sus herramientas.

2.3. Descripción de las pantallas

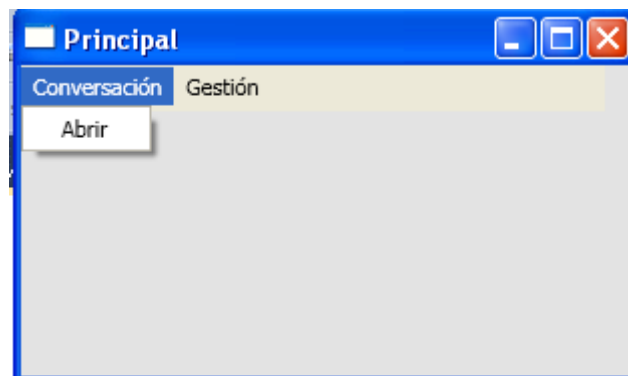
Veamos de manera mucho más práctica en qué consiste el marco virtual de mediación que hemos creado a través del flujo de sus pantallas, que vienen a ser capturas de las mismas.

2.3.1. Flujo del moderador (mediador)

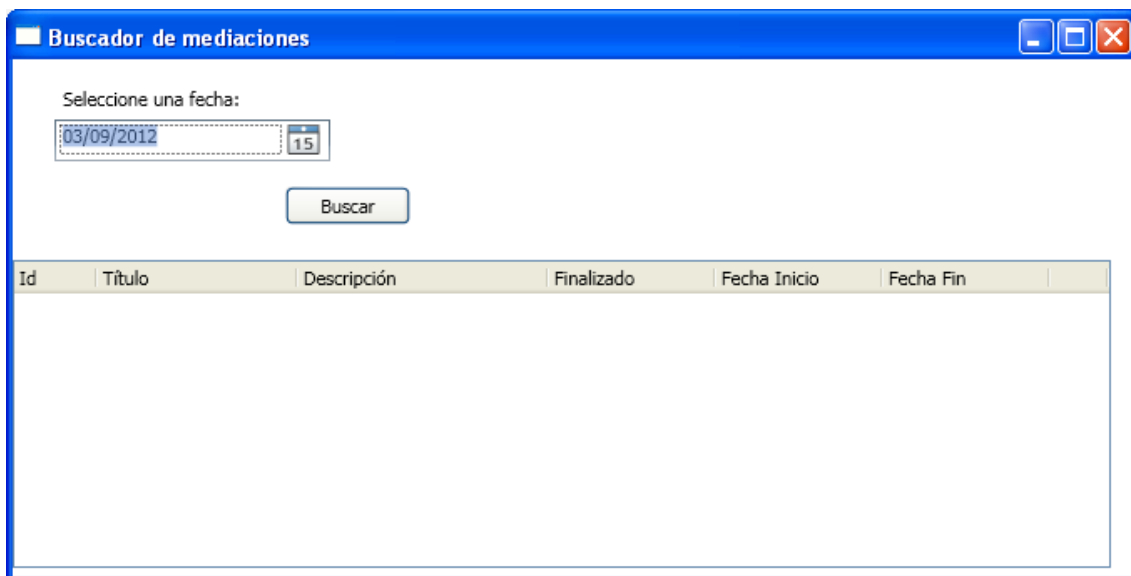
La pantalla de acceso es donde se ha de identificar el usuario a la hora de acceder al programa.



A continuación aparecerá la pantalla principal del moderador donde podrá elegir, en primer lugar, las opciones de conversación. Se abrirá la pantalla de conversación con aquella que esté más próxima a la hora establecida según la agenda del mediador.

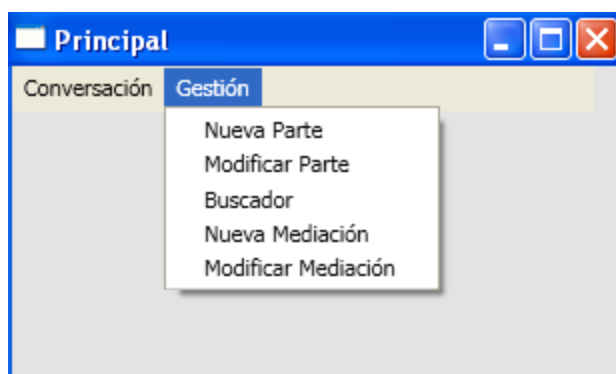


Al pulsar abrir conversación se abrirá el buscador de mediaciones que, seleccionando una fecha nos sacará por pantalla todas las mediaciones de ese día, mediaciones finalizadas o las que tocan próximamente.

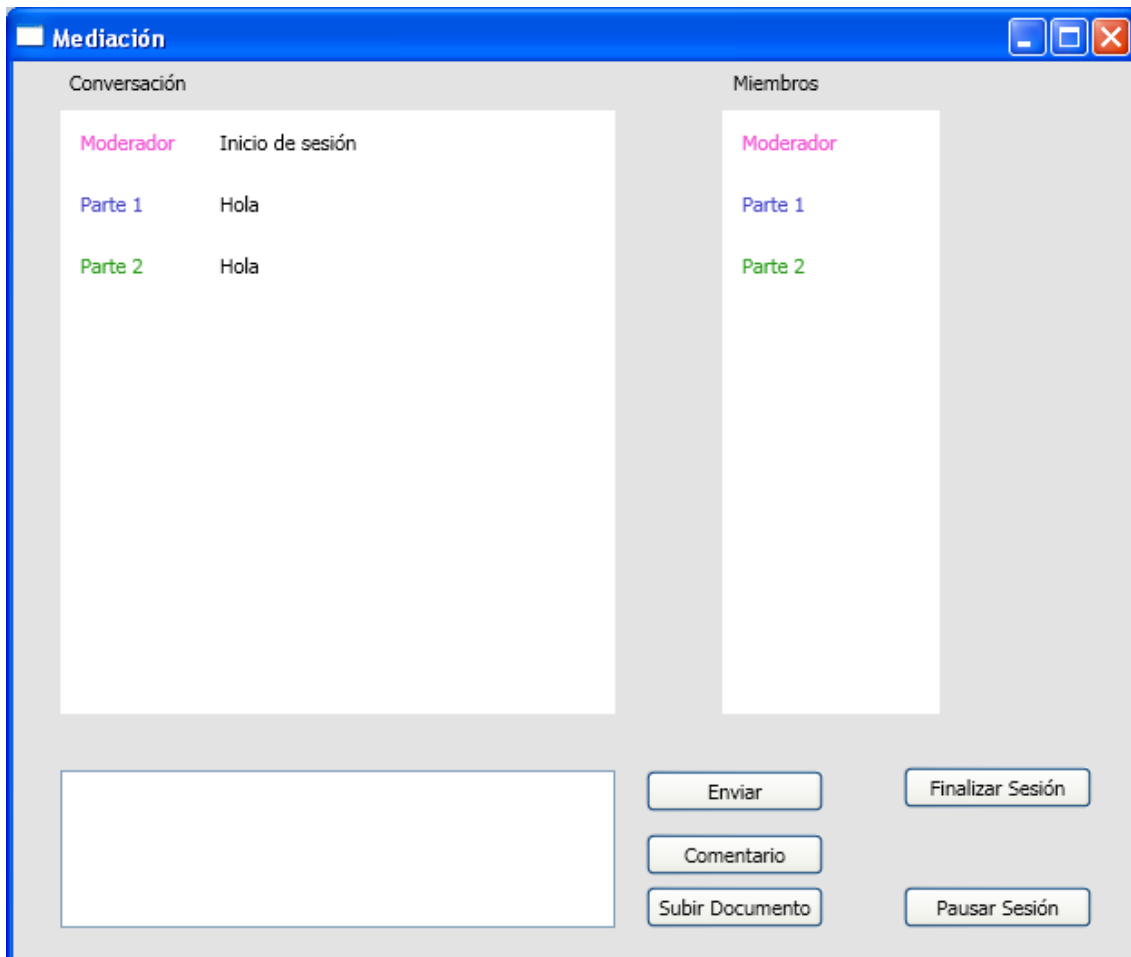


También puede, en segundo lugar, acceder a las opciones de gestión que nos permitirán gestionar todo lo concerniente a una mediación:

- ⤴ Añadir una nueva parte a la lista existente y poder editarla.
- ⤴ Buscar partes.
- ⤴ Crear una nueva mediación y modificarla.



La pantalla de conversación del mediador sirve para interactuar con las partes en conjunto o individualmente pulsando dos veces sobre la parte con la que quiera hablar en la lista de miembros. Varía respecto de las pantallas de conversación de los demás participantes en que se incluyen las posibilidades de añadir comentarios (notas, informaciones o recordatorios; son invisibles para las partes), finalizar sesión y pausar sesión.

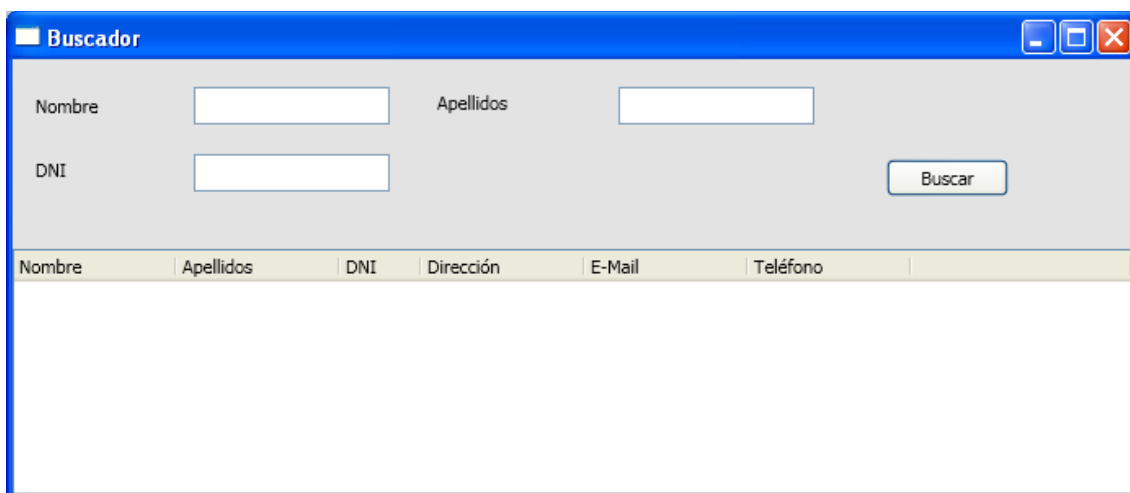


Para la creación de partes pulsamos gestión, nueva parte. Nos marca los campos obligatorios a rellenar. Los cumplimentamos y pulsamos aceptar.



The image shows a window titled "Parte" with a blue header bar. It contains several input fields for data entry. The fields are labeled as follows: "Nombre" (red text), "Apellidos" (red text), "DNI" (red text), "Dirección", "E-Mail" (red text), and "Tif.". Each label is followed by a white rectangular input box. At the bottom of the window, there are two buttons: "Aceptar" and "Cancelar".

El buscador nos permite encontrar por cualquiera de los campos informados, incluso parcialmente, a cualquier parte.



The image shows a window titled "Buscador" with a blue header bar. It features three input fields for searching: "Nombre", "Apellidos", and "DNI". Each label is followed by a white rectangular input box. To the right of these fields is a button labeled "Buscar". Below the input fields is a table with a header row containing the following columns: "Nombre", "Apellidos", "DNI", "Dirección", "E-Mail", and "Teléfono". The table body is currently empty.

Al crear la mediación, se nos permitirá darle un título y una descripción y añadir tanto partes como mediadores a ésta. Se generará un número de expediente interno. Al pulsar el botón añadir aparecerá el buscador y una vez encontrada la parte podremos pulsar dos veces sobre la elegida, que se añadirá a nuestra lista. Una vez terminado cerraremos el buscador.

The image shows a software dialog box titled "Nueva Mediación". It has a blue title bar with standard window controls (minimize, maximize, close). The main area is light gray and contains the following elements:

- Two text input fields: "Título" and "Descripción", both with red labels.
- A section titled "Miembros" containing a list box with two items: "Parte 1" (in blue text) and "Parte 2" (in green text).
- Two buttons: "Añadir" (positioned to the right of "Parte 1") and "Eliminar" (positioned to the right of "Parte 2").
- Two buttons at the bottom right: "Aceptar" and "Cancelar".

Para modificar una mediación existente, el programa nos permitirá buscarla por título o descripción y modificar cualquier parte de ésta.

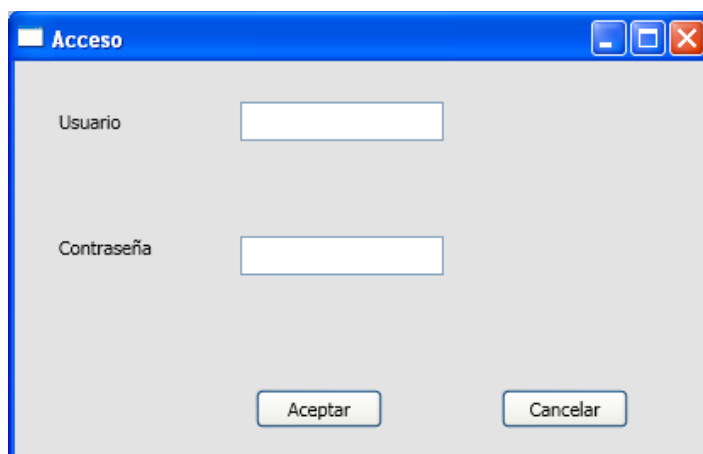


The screenshot shows a window titled "Modificar Mediación" with a blue title bar and standard window controls. The window contains the following elements:

- Título:** A text input field.
- Descripción:** A text input field with a "Buscar" button to its right.
- Miembros:** A list box containing "Parte 1" and "Parte 2".
- Añadir:** A button next to the list box.
- Eliminar:** A button next to the list box.
- Aceptar:** A button at the bottom right.
- Cancelar:** A button at the bottom right.

2.3.2. Flujo de las partes

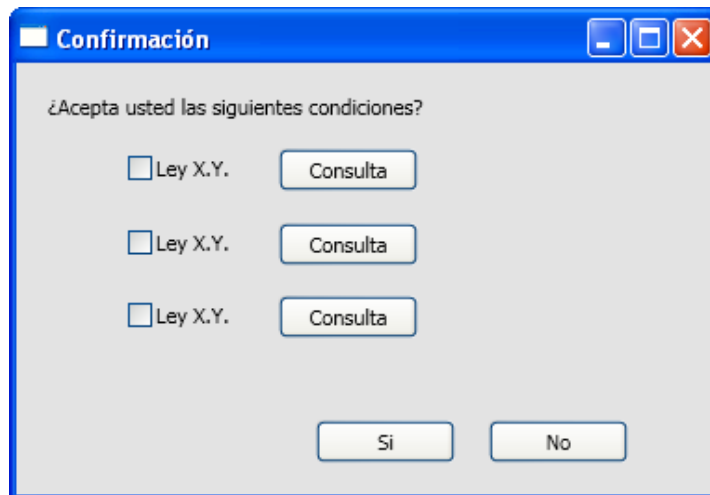
La pantalla de acceso es donde se ha de identificar la parte a la hora de acceder al programa. Se le requerirá usuario y contraseña.



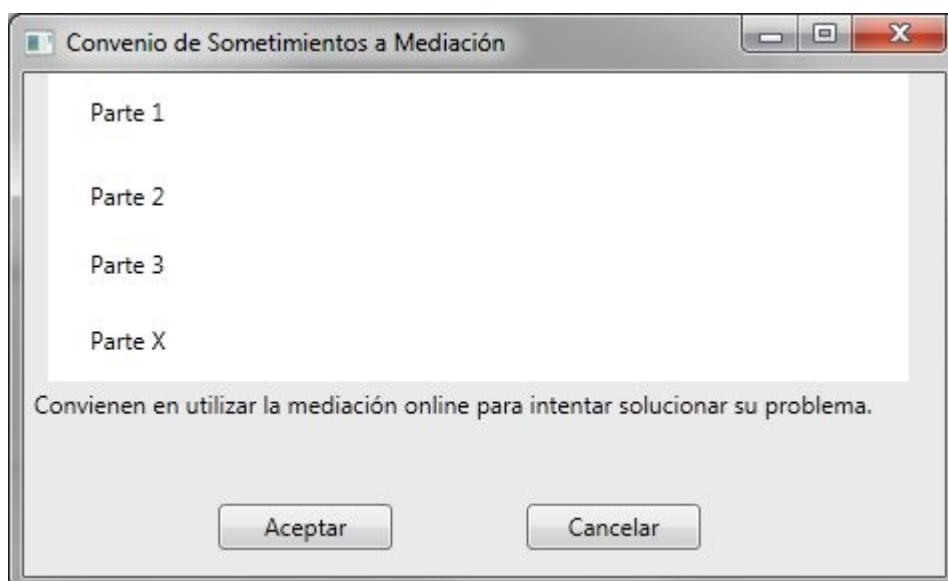
The screenshot shows a window titled "Acceso" with a blue title bar and standard window controls. The window contains the following elements:

- Usuario:** A text input field.
- Contraseña:** A text input field.
- Aceptar:** A button at the bottom center.
- Cancelar:** A button at the bottom center.

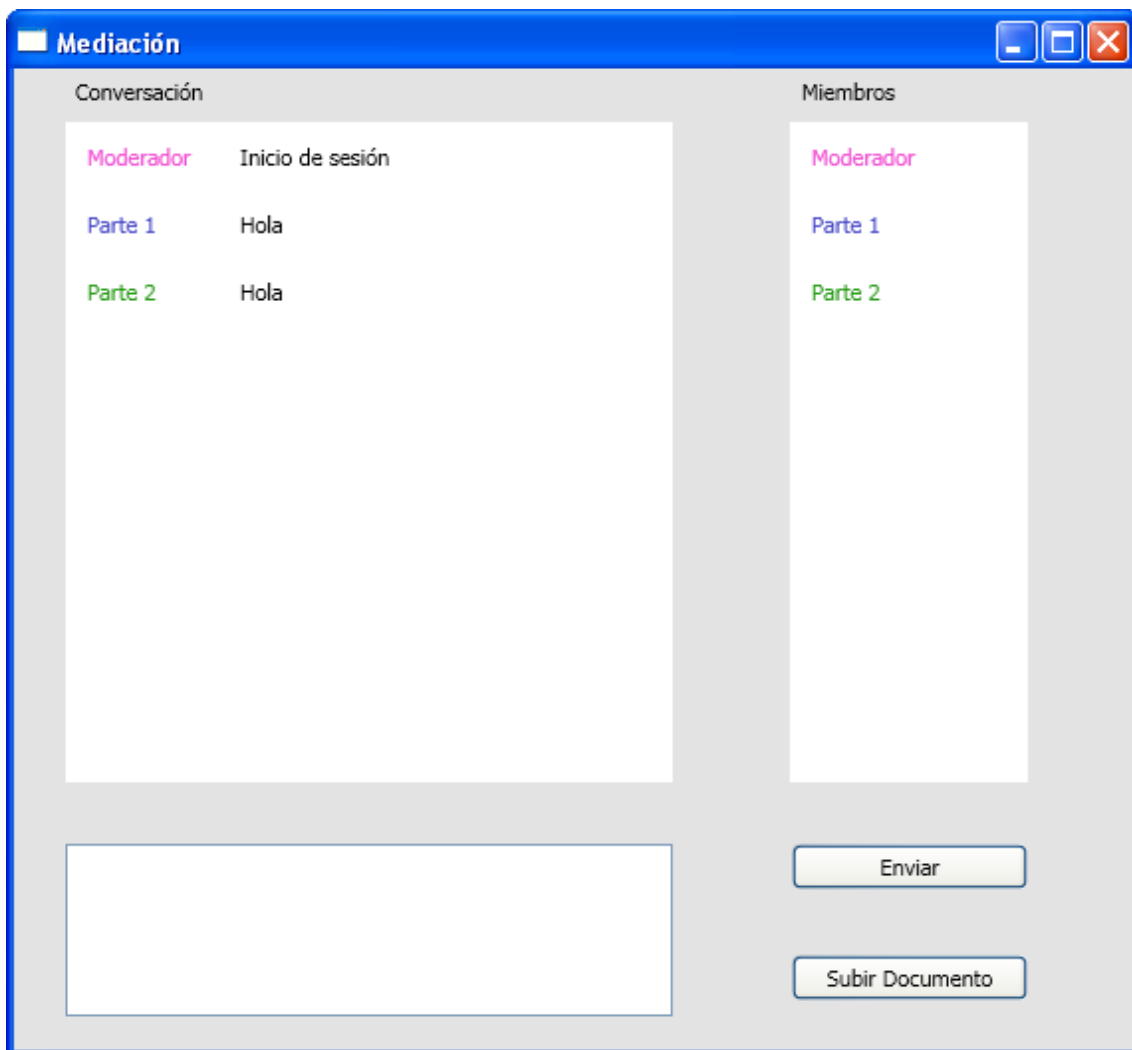
A continuación aparecerá la pantalla de confirmación donde se deberán aceptar las leyes de mediación definidas (por ejemplo, Ley de Mediación, política de protección de datos, documentos explicativos sobre el proceso, etc.). Se podrán consultar pulsando el botón consulta que tenemos a la derecha.



Lo siguiente que deberán hacer las partes si desean iniciar el proceso de mediación es aceptar el convenio de sometimiento a la misma, que es el documento por el que se obligan a ello y contratan los servicios del mediador y del proveedor del marco virtual.



Finalmente aparece la ventana de conversación donde se interactuará con los demás miembros. Se podrá hablar sólo con el moderador o moderadores (mediador) pulsando dos veces sobre él en la lista de miembros. Al cerrar esta ventana finalizará la mediación por esta parte después de mostrar un aviso de advertencia.



2.4. Los concretos problemas técnicos y sus soluciones

Vistas la funcional y la práctica del programa de marco virtual de mediación, pasamos a ver sintéticamente algunos de los problemas técnicos con que nos hemos encontrado.

PROBLEMA	EXPLICACIÓN	SOLUCIONES	RESOLUCIÓN
Firma digital	Acceso del usuario con firma digital al sistema de mediación	<ol style="list-style-type: none"> 1. Clonar las claves públicas en nuestro sistema como contraseña para poder verificar los datos 2. Pedir acceso a los datos del gobierno mediante certificados empresariales. 	Dependiendo de la capacidad de la empresa cliente. En ambos casos hay solicitar un tipo de certificados, pero en la opción 2 representaría un coste mayor al tener que hacer un interfaz de conexión.
	Firma de documentos con sistema digital	<ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitud de certificados de acceso para poder implantar este tipo de firma. Hacerlo de manera local. 2. Hacer un sistema que lo haga con los certificados que lleve el cliente validados en el DNI-e. (Como se hace con Hacienda). 	Al no estar muy propagado este sistema de certificados por persona y haber sido vulnerados recientemente por sistemas de ataque y plagio, se recomienda la opción 1.
Gestor documental	Integración del gestor documental con el sistema del cliente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Crear un interfaz de enlace con el sistema de gestor documental existente en la empresa, verificando los datos de acceso y tipo de archivo con el departamento de sistemas de la empresa cliente. 2. Crear una aplicación intermedia que realice intercambios de información a modo de sw ap (cada "x" horas se actualizan los archivos) y que el cliente aporte su propio interfaz. 	En este caso se elegiría la opción 2 ya que en caso de no tener el cliente un gestor documental, se dará capacidad de este a un nivel básico y con una adaptación 100% a nuestra aplicación.
	Implantación del gestor según la política interna del cliente	Definir con el cliente, que tipo de archivos va a gestionar, formato, capacidades, etc. Sesiones de backup y tiempo de ejecuciones.	-
Transmisión de datos	Seguridad de los datos transmitidos	<ol style="list-style-type: none"> 1. Establecer una seguridad bidireccional por cifrado de datos según clave establecida. 2. Establecer el cifrado según firma digital de la empresa. Esta firma ha de estar registrada. 	Dependiendo del cliente se puede hacer un desarrollo que no implique un aumento de horas intensivo, haciendo que no afecte esto al timing del roadmap establecido de las tareas. Definiendo esto por configuración de instalación.
	Caída del sistema de red en el transcurso de la mediación	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mediante un Framework de sincronización, actualizar la conversación una vez recuperado el sistema o sesión. 2. Establecer un tiempo de espera óptimo y en caso de que no vuelva en este tiempo cerrar la conversación y establecer un inicio para otra sesión. 	La opción 2 es la más aceptada ya que no todos los clientes pueden soportar las opciones de sincronización, ya que depende de la configuración del sistema. Además en casos de larga duración es mejor adoptar esta solución por seguridad de las conversaciones.
Integración con periféricos especiales	Videoconferencia	<ol style="list-style-type: none"> 1. Realizar una adaptación de la pantalla de conversación para mostrar la videoconferencia. 2. Integración con 3rd part software como mediación para esto. (como skype) 	Al no ser una parte crítica de la aplicación optaría por elegir software de terceros para poder realizarlo. No se recomienda, ya que al poder haber muchas partes, no es fácil que un solo servidor afronte el tráfico.
	Sistemas de mediación para disminuidos	El entorno Windows se encarga de ello solo hay que hacer permisivo el programa a la hora de adaptarse a estos medios de acceso. (Accesibilidad)	-

Conclusiones

1. Los conflictos son algo inherente a las relaciones humanas. Lo mejor que podemos hacer las personas es buscar formas pacíficas de gestionarlos y solucionarlos. Hasta ahora, esta forma consistía en presentar el asunto ante un juez para que decidiera lo que las partes no creían poder solucionar por sí mismas. No obstante y debido en gran parte al colapso del sistema judicial, se han ido desarrollando y potenciando desde la Administración unos mecanismos diferentes que permiten abordar los problemas a los protagonistas de los mismos sin tener que solicitar una tutela judicial.
2. Las ADR no sólo pueden ofrecer grandes cosas frente al proceso judicial sino que incluso, la cultura social debería ir cambiando hacia la idea de que se debe acudir a un procedimiento judicial sólo cuando las ADR no hayan puesto solución a la controversia o cuando el tipo de controversia aconseje la vía judicial y no otra, en la línea apuntada por la UE.
3. Además, las ADR pueden ser llevadas a cabo a través de Internet, constituyendo lo que se conoce como los ODR. Estos presentan tanto una serie de ventajas como de inconvenientes respecto de las ADR. No obstante, prefiero no planteármelo en términos de mejor-peor sino en términos de que, en determinadas situaciones resultará más favorable aplicar un ODR que una ADR y en otras ocasiones será al revés, por lo que será el caso concreto el que aconseje la utilización de uno u otro medio.
4. La UE apuesta fuerte por los ODR con independencia del método concreto empleado (arbitraje, mediación o conciliación) pero para una materia muy concreta como es el consumo. Y no se trata tanto de este ámbito en general como de salvar las distancias por él ocasionadas. Por tanto, la UE prevé el uso de las ADR, entre otras cosas, para solucionar conflictos derivados del consumo en general.
5. Los ODR son tan válidos como las ADR pero tienen unas características específicas que los hacen más recomendables en unas situaciones que en otras. En todo caso, nuestra sociedad avanza en el mundo tecnológico, por lo que será imprescindible adaptarse a esta nueva realidad y sacarle todo el partido posible. Las ADR en concreto son una gran oportunidad para ello.
6. En cuanto a la concreta situación de la mediación en España, se ha logrado finalmente cumplir con la transposición de la Directiva 52/2008/CE a través del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles y su posterior tramitación como proyecto de ley que dio lugar a la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, constituyendo así un marco general a la mediación civil y mercantil y a las trece leyes autonómicas que regulan, principalmente, la mediación familiar.
7. Nos encontramos todavía con problemas que provocan que no exista unidad en el desarrollo de la mediación, de manera que los mediadores formados en España corren el riesgo de no poder ejercer su profesión en todo el territorio nacional. Además, han quedado cuestiones importantes pendientes de regular como son la formación específica de los mediadores, la cuantía del seguro de responsabilidad civil y el establecimiento de mecanismos de control.
8. El futuro más inmediato de las ADR está en los ODR, por lo que España debería empezar a trabajar con ello. No obstante, hay muy poca información sobre este tema a pesar de que nuestro vecinos europeos ya están incluyendo en sus legislaciones la posibilidad o incluso obligatoriedad de los mismos.
9. Hemos visto que teóricamente sí es posible la versión electrónica de la mediación, primero porque se respetan los principios que deben regir el proceso y, segundo, porque el estado de la tecnología permite crear las plataformas que le sirvan de base. Sin embargo, no podemos obviar que seguimos encontrando algunos problemas que pueden obstaculizar el progreso de esta versión ODR de la mediación. En concreto, siguen

faltando medios para garantizar que las partes son ellas y no otras personas, es decir, evitar la suplantación de identidad y, de esa manera asegurar la confidencialidad y secreto de las comunicaciones.

10. La mediación y su versión en línea son ya una realidad a la que hay que adaptarse y aprovechar. Sin embargo, se encuentra en una fase incipiente y por ello habrá que cuidar mucho su desarrollo para que no se desvirtúe.
11. El trabajo actual del legislador y de los mediadores debe consistir en fomentar el uso de la mediación desde una perspectiva de concepto único que respete su naturaleza y todo el potencial práctico y humanizador de la misma, siguiendo este concepto en la medida de lo posible los dictados de la escuela de la transformación, que es la única realmente capaz de desplegar todo ese potencial. El que los ciudadanos vean por sí mismos lo que la mediación es capaz de hacer por ellos será la mejor publicidad que pueda hacerse de ésta. No obstante, ese deber de velar por su esencia también conlleva el cuidado de que sólo se use cuando verdaderamente pueda y deba usarse, ya sea la versión tradicional o la electrónica. La mediación es un gran instrumento pero debemos ser conscientes de que, como todo, también tiene sus limitaciones. Dará los resultados esperados sólo cuando su uso se haga de forma responsable.

Bibliografía

1. Obras

- ÁLVAREZ, G.; HIGHTON, E.; JASSAN, E.; *Mediación y justicia*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996.
- BARONA, S.; *Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BURTON, J.; *Conflict: resolution and prevention*. Virginia, Macmillan, 1990.
- BARUCH, R.; FOLGER, J.; *La promesa de mediación*. Buenos Aires, Granica, 1996.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Madrid, 2008.
- ENTELMAN, R.; *Teoría de conflictos*. Barcelona, Gedisa, 2002.
- ESCANDELL, M.V.; *Introducción a la pragmática*. Barcelona, Ariel, 2005.
- FOLBERG, J.; TAYLOR, A.; *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. México, Limusa, 1992.
- FOLGER, J.; JONES, T.; *Nuevas direcciones en mediación: investigación y perspectivas comunicacionales*. Barcelona, Paidós Ibérica, 1997.
- GALINDO, F.; *Derecho e informática*. Madrid, La Ley, 1999; *Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- GARCÍA, I.; *La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid, La Ley, 2009.
- GROVER, K.; GROSCH, J.; OLCZAK, P.; *La mediación y sus contextos de aplicación*. Sant Adrià de Besós, Paidós Ibérica, 1996.
- HINOJOSA, R. (Coord.); *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid, Ramón Areces, 2006.
- MONTERO, J.; *Introducción al proceso laboral. 5ª edición*. Madrid, Marcial Pons, 2000.
- MOORE, C.; *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Granica, 1995.
- REDORTA, J.; *Cómo analizar los conflictos*. Barcelona, Paidós Ibérica, 2004.
- RICHARD, M.; RIAÑO, I.; RIFÁ, J.M. (Coord.); *Estudios sobre arbitraje de consumo*. Pamplona, Aranzadi, 2011.
- SCHELLING, TH.; *The strategy of conflict*. Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- SENÉS, C. (Coord.); *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*. Pamplona,

Aranzadi, 2010.

SERRANO, G., RODRÍGUEZ, D.; *Negociación en las organizaciones*. Madrid, Eudema, 1993.

SUARES, M.; *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Quilmes, Paidós SAICF, 1999.

VINYAMATA, E.; *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*. Barcelona, Ariel, 1999.

(Coord.); *Tratamiento y transformación de conflictos*. Barcelona, Ariel, 2003.

2. Artículos

CONFORTI, F., *Mediación electrónica*.

www.acuerdojusto.com/Descargas/Mediacion_Electronica.pdf

La mediación electrónica, una oportunidad ahora al alcance de todos, sus claves para que funcione.

<http://www.diariojuridico.com/especiales-2/la-mediacion-electronica-una-oportunidad-factible-ahora-en-espana.html>

CORTI, G.; ROSSI, M.; *La mediación “on line”*.

http://www.cejamerica.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/4633-qonlineq-meditation-document-in-spanish

ELISAVETSKY, A., *Nuevas tecnologías de información y comunicación aplicadas a la resolución de conflictos*. www.mediate.com/articles/nuevastecnologias.cfm

FEMENIA, N.; *Mediación familiar on line: ¿ayuda o desafío?*.

<http://inter-mediacion.com/mediacionfamiliaronline2.htm>

Resolución de disputas en y por Internet.

http://www.mediate.com//articles/disputas_en_y_por_internet.cfm

GARCÍA M., “*La formación del profesional de la mediación familiar. Investigación sobre la mediación familiar y la formación del mediador*”. Sociedad y Utopía. Revista de ciencias sociales, nº 39, junio 2012. <http://www.sociedaduytopia.es/index.php/la-formacion-del-profesional-de-la-mediacion-familiar-investigacion-sobre-la-mediacion-familiar-y-la-formacion-del-mediador>

“*Propuesta de un programa sistematizado de formación integral en mediación familiar*”. Sociedad y Utopía. Revista de ciencias sociales, nº 39, junio 2012.

<http://www.sociedaduytopia.es/index.php/cronicas/article/179-propuesta-de-un-programa-sistematizado-de-formacion-integral-en-mediacion-familiar>

HUALDE, T., *Del proyecto de Ley española de mediación (2011) al RD-Ley de mediación (2012)*.

<http://www.mediacionarbitraje.eu/wp-content/uploads/2012/04/Reflexiones-sobre-la-nueva-normativa-de-mediacion-C3%B3n.pdf>

INFANTE, E., “*Sobre la definición del conflicto interpersonal: aplicación del cluster analysis al estudio semántico*”. *Revista de Psicología Social*. Vol. 13, nº 3, 1998.

LEZCANO, J.; ORTEGA, R.; *Los ODR como nuevo paradigma en la resolución de conflictos*. 2º Congreso provincial de ciencias jurídicas y sociales del Colegio de Abogados de La Plata.

www.gecsi.unlp.edu.ar/index.php?option=com...odr...

MARÍN, J.J., *El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

www.gomezacebo-pombo.com/docs/PUB_696_doc.pdf

MUNUERA, P., *El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas*. http://eprints.ucm.es/5678/1/_Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf

NAVARRO, F., “La formación en mediación familiar en las universidades públicas y privadas de España”. *Portularia*, vol. XI, nº 2.

www.uhu.es/publicaciones/revistas/portularia/index.php?CDer=1&NR=4&volumen=11&top=12&NArticulo=1106

RÍOS, J.C.; *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*. <https://sites.google.com/site/aamediacionypacificacion/materiales>

TENA, I., “Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida”. *Actualidad Civil. Revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal*. Julio de 2012, nº 13-14

VELASCO, S., *Aprobado el proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

<http://todosobreconflictos.blogspot.com.es/2011/04/aprobado-el-proyecto-de-ley-de.html>

3. Legislación

3.1. Legislación de la Unión Europea

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE de Consejo

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.

Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo).

Recomendación 2001/310/CE 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.

Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

Recomendación R(98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar.

Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (“Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores”).

3.2. Legislación estatal

Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 8 de abril de 2011.

Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

3.3. Legislación autonómica

Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (País Vasco).

Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar (Galicia).

Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (Castilla-La Mancha).

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears.

Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (Canarias).

Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado (Cataluña).

Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.

3.4. Otra legislación

Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, nº 28 (Italia).

4. Jurisprudencia y otras disposiciones

Dictamen de Estado 2222/2010, de 17 de febrero de 2010, sobre Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo)”.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo)”.

Libro Blanco, de 5 de diciembre de 1993, de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre crecimiento, competitividad y empleo.

Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.

Resolución sobre la comunicación de la Comisión “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y a la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior”, de 14 de noviembre de 1996.

Resumen de 29 de noviembre de 2011 de la evaluación del impacto que acompaña los documentos Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

Sentencia del Tribunal de Justicia (sala cuarta) de 12 de julio de 2012, en el asunto C-602/10, SC Volksbank România SA contra Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași.

5. Otras fuentes

Flash Eurobarometer 300: retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection. http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/retailers_eurobarometer_2011_en.pdf

INE; Nota de prensa de 5 de octubre de 2011 sobre encuesta TIC-H2011. www.ine.es/prensa/np678.pdf

Special Eurobarometer 252: consumer protection in the Internal Market. http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs252_en.pdf

Special Eurobarometer 342: consumer empowerment. http://ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf

Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf

The European Consumer Centres' Network. 2010 annual report. http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/2010_annual_report_ecc_en.pdf

Proyecto SEMADISC de la Universidad Carlos III de Madrid. www.youtube.com/watch?v=dWlut4SmORo

www.confianzaonline.es

Visto bueno de la directora

De conformidad con el Acuerdo de 7 de abril de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de los trabajos de fin de grado y de fin de máster en la Universidad de Zaragoza, **DOÑA M^a ROSA GUTIÉRREZ SANZ** y **DOÑA M^a PILAR PAZ-PEÑUELAS BENEDE** (NIP 497866),

MANIFIESTAN

PRIMERO. Que **DOÑA M^a ROSA GUTIÉRREZ SANZ** es Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza y profesora titular del Departamento de Derecho Privado de la misma universidad.

SEGUNDO. Que **DOÑA M^a PILAR PAZ-PEÑUELAS BENEDE** es estudiante del Máster universitario de Especialización e Investigación en Derecho de la Universidad de Zaragoza durante el curso 2011-2012.

TERCERO. Que, a petición de la alumna, la profesora **GUTIERREZ SANZ** ha ejercido las labores de dirección de su Trabajo de Fin de Máster titulado **LA MEDIACIÓN ONLINE: ALGUNOS ASPECTOS DE SU TRATAMIENTO Y REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL**.

A la vista de todo lo anterior y realizado el trabajo de fin de máster conforme a la normativa vigente, la directora consiente en dar su **VISTO BUENO** con conocimiento por parte de la alumna.

En Zaragoza, a 14 de septiembre de 2012.

V^oB^o DE LA DIRECTORA

LA ALUMNA

Fdo. M^a Rosa Gutiérrez Sanz
(directora del TFM)

Fdo. M^a Pilar Paz-Peñuelas Benedé
(alumna del máster)