

LAS FRONTERAS NORMATIVAS, TECNOLÓGICAS Y CULTURALES DE LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA (RDL)¹

THE LEGAL, TECHNOLOGICAL AND CULTURAL FRONTIERS OF ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)

Eduardo Vázquez de Castro²

Artigo recebido em 03 mar. 2014 e aceito em 02 jun. 2014.

Resumen

El proceso de Resolución de Disputas en Línea (R.D.L.) nació en EE.UU. en el ámbito del derecho, aplicando las nuevas tecnologías, trasladaron distintos procesos de la Resolución Alternativa de Disputas (negociación, mediación, conciliación y arbitraje) al entorno cibernético. Inicialmente, esta aplicación se limitó a disputas surgidas en la propia red y, de forma particular, a conflictos relacionados con el comercio electrónico donde resulta un éxito. Pronto se demostró su utilidad para muchos sectores económicos en los que la coincidencia física de las partes no resulta decisiva para la solución de la controversia o, al menos, no durante todo el proceso. En Europa, sin embargo, no se ha extendido aún el uso de los sistemas de R.D.L. Desde la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y desde la reciente Ley española 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, se está impulsando el uso de la denominada mediación electrónica. Un paso más adelante sería integrar estos sistemas en la propia Administración de Justicia

¹ El presente texto se redacta sobre la base de la intervención del autor en el Simposio de Informática Jurídica Documental y Resolución de Disputas en Línea celebrado los días 4 y 5 de diciembre de 2013 en Barcelona y dirigido por P. Casanovas e I. Barral que llevaba el mismo título “Las fronteras normativas, tecnológicas y culturales de la resolución de disputas en línea.” El estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto del Plan Nacional de I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación con Referencia DER2010-19772 (subprograma JURI), que lleva por título Resolución de Disputas en Línea, del que es investigador principal el autor.

² Doctor en Derecho por la Universidad de Cantabria (UC). Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria (UC). Director de la Cátedra Derecho e Innovación, Santander, España. E-mail: vazqueze@unican.es

suponiendo un verdadero sistema de múltiples puertas (o ventanas si nos referimos a la pantalla del ordenador) de acceso a la justicia. En el presente artículo se abordan algunas cuestiones básicas sobre el régimen jurídico de esta mediación realizada por medios electrónicos. Sin embargo, queda aún un amplio margen para la mejora efectiva de la Administración electrónica y la Justicia integrando los sistemas de R.D.L.

Palabras clave

Resolución de Disputas en Línea. Solución Electrónica de Disputas. Mediación electrónica. Negociación automatizada. Arbitraje electrónico. Solución Extrajudicial de Conflictos. Acuerdos.

Abstract

Online Dispute Resolution (ODR) emerge in the field of law in the US, to apply new technologies to Alternative Dispute Resolution processes (negotiation, mediation, conciliation and arbitration). Initially, this application was limited to disputes arising on the web, and it was particularly successful in conflicts related to electronic commerce. It soon proved it valuable for many economic sectors in which physical coincidence of the parties is not decisive for the settlement of the dispute, or at least not during the entire process. In Europe, however, ODR systems have not been much developed. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters and the recent Spanish Law 5/2012, of July 6, are promoting the use of so-called electronic mediation. A further step would be to integrate these systems into the administration of justice, assuming a true system of "multiple doors" (or windows if we refer to the computer screen) access to justice. This article addresses basic issues on the legal status of mediation conducted by electronic means. However, there is considerable room for improvement in the judiciary and public administration integrating ODR methods.

Keywords

Online Dispute Resolution. eGovernment. e-Mediation. e-Conciliation. e-Arbitration and automated negotiation. Alternative Dispute resolution. Settlement. Agreements.

1. Consideraciones generales

El uso de la resolución de disputas en línea aún no se ha extendido entre la ciudadanía. En este caso, puede afirmarse que el derecho marcha por delante de la realidad social y por

detrás de la realidad tecnológica y/o económica. El marco normativo en el que debe desarrollarse y desenvolverse la negociación automatizada y asistida, la mediación y el arbitraje electrónicos ya se encuentra perfectamente definido como se expondrá en este capítulo. Aunque la tendencia común es que el régimen jurídico de las nuevas instituciones se configure a medida que van surgiendo las necesidades y demandas sociales, con la resolución de disputas en línea se ha invertido parcialmente el orden. Se ha apreciado la oportunidad de definir legalmente sus posibilidades de desarrollo, las garantías que deben ofrecer estos sistemas de solución electrónica de disputas a los usuarios y sus ámbitos de aplicación. No resulta inconveniente esta excepcional tendencia normativa. Al contrario, en Europa puede considerarse un paso previo ineludible si se pretende el éxito de estas figuras.

En EE.UU., donde tienen su origen y mayor desarrollo estos sistemas de resolución de disputas en línea, han obtenido mayor éxito en la implantación de estos sistemas por diversos factores. Entre estos factores que impulsan la aplicación de los sistemas de resolución de disputas en línea destacan, sobre todo, el tecnológico y el cultural. De hecho, desde EE.UU. el modelo, basado plenamente en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual o de pactos, se han desarrollado los sistemas de resolución de disputas en línea desde la iniciativa privada. Precisamente, desde estos sectores pioneros en la implantación y desarrollo de sistemas de resolución de disputas en línea se viene hablando de las “fronteras” europeas en clara alusión a la dificultad de aplicación de sus sistemas en las relaciones comerciales y personales transfronterizas. El resultado viene siendo que estos sistemas ya funcionales, lejos de extenderse en un mundo y mercado globalizado encuentran frenos debido a tres factores: el tecnológico, el normativo y el cultural.

Puede afirmarse que, en el estado actual de la cuestión, ya han quedado atrás las fronteras tecnológicas. Es cierto que existen indicadores mundiales de propiedad intelectual e industrial ofrecidos por la OMPI en los que se demuestra que en creatividad y eficiencia tecnológica EE.UU. llevaba claramente el liderazgo hasta que en la actualidad algunos países europeos se han adelantado y, desde luego, los grandes asiáticos (China, Corea del Sur y Japón) no se quedan atrás³. También es cierto que en la relación de estos resultados de propiedad intelectual e industrial respecto al gasto e inversión en I+D+i según los datos de la UNESCO resultan bastante proporcionales (puede advertirse que

³ En el último informe del Director General de la OMPI, en la Asamblea de 2013, se hace una reseña del año transcurrido y se indica que los cinco países más innovadores del mundo son: Suiza, Suecia, Reino Unido, Países Bajos y EE.UU. En patentes triádicas concedidas el ranking está liderado por Japón, detrás va la Unión Europea y, en tercer lugar EE.UU. No obstante, por países, el país europeo que antes aparece en este ranking es Alemania con menos de la mitad de patentes que EE.UU. España aparece en la 17ª posición, según la OCDE (2013, p. 128).

España está en retroceso en este ranking)⁴. No obstante en EE.UU. la inversión es del sector privado mientras que en España tradicionalmente viene siendo inversión pública y puede observarse que en España resulta significativa la solicitud de patentes por parte de Universidades y Organismos Públicos⁵.

No obstante, la superación de la “brecha digital” y el crecimiento exponencial del comercio electrónico van uniformando el panorama tecnológico. En cuanto a la disponibilidad de los medios para llevar a cabo la resolución de disputas en línea si se realiza un inventario se puede comprobar que no entrañan mayor dificultad. De hecho, ya van siendo diversas las empresas privadas que ofrecen, en mayor o menor medida, la tecnología precisa para desarrollar la resolución de disputas en línea⁶.

Resta por superar el factor cultural que en Europa está resultando esquivo al avance de la extensión de la resolución de disputas en línea. Este mismo factor también ha ralentizado la importación de los sistemas presenciales de las denominadas resolución alternativa de disputas pero actualmente su expansión resulta ya imparable. También se puede considerar que cederá la descrita resistencia inicial y que los sistemas de resolución de disputas en línea se impondrán a medida que se asume como común y habitual la denominada “justicia relacional”.

Con este concepto actualizado con la tecnología, originalmente acuñado por M. Poblet y P. Casanovas, se entiende la justicia horizontal a la que se refiere también el título de esta obra. Es decir, el tipo de “justicia que emerge a través del comportamiento cooperativo, del acuerdo, de la negociación o del diálogo entre actores en una situación de post-conflicto” consiguiendo “participar en la elaboración de su propia regulación y lograr resultados jurídicos a través de todas las estrategias mixtas y plurales que el marco de la Web Semántica permite”. (CASANOVAS; POBLET, 2008, p. 24-26; CASANOVAS, 2012, p. 15-28).

La justicia relacional puede describirse como un subgrupo del derecho relacional que

⁴ España se sitúa en el puesto 21 de 28 en gasto público en investigación entre 2007 y 2011 en la clasificación del conjunto de Estados miembros de la UE, según recoge el informe sobre el Área Europea de Investigación publicado por la European Commission (2013).

⁵ En España, las empresas lideran la solicitud de patentes con un 39,3%, los particulares un 37,8% Universidades 14,2%, CSIC 4,2%, Organismos públicos 4,5% (OCDE, 2013, p. 125).

⁶ En el destacado Simposio de Informática Jurídica Documental y Resolución de Disputas en Línea celebrado los días 4 y 5 de diciembre de 2013 en Barcelona y dirigido por P. Casanovas e I. Barral, se expusieron los avances y desarrollo de aplicaciones de resolución de disputas en línea por parte de diversas empresas españolas proveedoras de servicios electrónicos como Cognicor, E-justic, Acuerdo Justo y se expuso el proyecto Consumedia de plataforma online de mediación que se implantará en Cataluña (ya incipiente en 2009 cuando se publica el libro blanco POBLET et al., 2009). Existiendo otros proyectos, más o menos avanzados, como la plataforma Solvo que se desarrolla conjuntamente desde la Cátedra Derecho e Innovación y la empresa Via Core IT.

proviene de la necesidad de regulación tecnológica del denominado "derecho global".

De esta forma, el objetivo es reducir distancias entre la dicotomía Civil Law vs. Common Law. División clásica de sistemas a pesar de ser ordenamientos jurídicos occidentales que se enfrentan a los mismos problemas jurídicos y que la solución o respuesta que ofrecen a éstos distan más en los planteamientos que en los resultados reales⁷.

En general, la confianza en los nuevos sistemas de resolución de disputas en línea vendrá determinada por el apoyo y soporte institucional que aportará la suficiente seguridad para vencer las que podrían denominarse "fronteras culturales" en Europa ante la implantación de los sistemas de resolución de disputas en línea.

2. La promoción institucional de la resolución de disputas en línea

2.1 *La disyuntiva entre el modelo público institucional y el modelo estrictamente privado de resolución de disputas en línea.*

Si se atiende a la descripción que se acaba de hacer, como consideraciones generales, del estado actual de desarrollo de la resolución de disputas en línea se podría concluir que existe un interés institucional en Europa y en España de promover el uso generalizado de estos sistemas. En este sentido se deben analizar y destacar los dos modelos posibles por los que se opta en la promoción de la resolución de disputas en línea.

Ciertamente, se ha destacado que básicamente existen dos modelos a los que se puede optar como política legislativa. De un lado apostar por la opción de la resolución de disputas en línea institucional y, de otro lado, favorecer la resolución de disputas en línea desarrolladas totalmente desde el ámbito privado. El modelo que, en principio resulta más sencillo de implantar con éxito en Europa y en España sería el modelo institucional.

Sin embargo, se va a comprobar cómo debe distinguirse el ámbito de aplicación de la resolución de disputas en línea. En el ámbito de consumo, se va a ofrecer un sistema de resolución de disputas en línea totalmente institucional en el que la plataforma va a facilitarse y depender de los organismos públicos. En cambio, en el ámbito civil y mercantil, se ha optado por el sistema de resolución de disputas en línea privado. En este sistema de resolución de disputas privado se descarga la Administración

⁷ Ésta es una de las conclusiones a las que pudimos llegar tras analizar las diversas perspectivas del *Civil Law* y *Common Law* al abordar la solución de los contratos ilegales. (VÁZQUEZ DE CASTRO, 2002, p. 115-162).

de la responsabilidad del sistema que pasa a depender de las instituciones de mediación y de los mediadores que deberán contratar con un proveedor de servicios electrónicos los medios para desarrollar esta resolución de disputas en línea. Desde esta doble perspectiva, debe realizarse el análisis de la evolución de ambos modelos y su consolidación en el futuro.

De otro lado, la posibilidad efectiva de que se produzca la mediación en cualquier momento después de haberse iniciado un proceso judicial debe provocar la reflexión de hasta qué punto las instituciones y profesionales de la mediación no se ven “obligados” a utilizar los medios electrónicos, sea cual sea el ámbito de las disputas a resolver. Esta obligación podría venir determinada como consecuencia de la aplicación de la Ley 18/2011 (ESPAÑA, 2011b). Si bien es cierto que en una coyuntura de crisis económica la inversión necesaria para facilitar la tecnología necesaria para la implantación es más complicada podría pensarse en extender buena parte de las obligaciones ya establecidas del uso de las tecnologías de la información y la comunicación para desarrollar esta mediación electrónica intrajudicial.

2.2 *Mediación electrónica intrajudicial*

En la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles (ESPAÑA, 2012b) al contemplarse un modelo especial de mediación desarrollada por medios electrónicos se anuncia que

El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos [...] (ESPAÑA, 2012b, DF 7ª).

No obstante, junto a esta inicial afirmación de promoción ya se advierte que la iniciativa de esta fórmula de resolución de disputas en línea va a dejarse al sector privado al añadirse "...los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados." (ESPAÑA, 2012b, DF 7ª).

Sin embargo, esta previsión normativa se ideó desde un modelo diferente en anteriores proyectos legislativos donde se concebía como una manera más de acceso a la justicia y, en consecuencia, se insertaba en el marco de la modernización de la justicia. De hecho, el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles establecía diversas medidas de implantación de un sistema obligatorio de mediación desarrollada por medios electrónicos. En este sentido, también en la inicial redacción del texto normativo aprobado por Real Decreto-ley 5/2012 (ESPAÑA, 2012a), se observaban

diversas disposiciones normativas muy diferentes a las que definitivamente resultan vigentes en la Ley que abundaban en la línea de implantar la mediación electrónica de manera preceptiva:

Se imponía la mediación electrónica como obligatoria para las instituciones de mediación que (ESPAÑA, 2012a, art. 5.2).

La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes (ESPAÑA, 2012a, art. 24).

El Gobierno promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre meras reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. (ESPAÑA, 2012b, DF 4º).

Sin embargo, en la tramitación parlamentaria de conversión desaparece esta obligación, desaprovechando una oportunidad de que la mediación naciese desde su comienzo con todo el potencial derivado de uso de las herramientas tecnológicas. Resulta curioso que los más críticos con este método de mediación por medios electrónicos hayan sido los propios mediadores⁸. En cualquier caso, aún se está a tiempo de reaccionar y considerar que una profesión emergente como la mediación resultará más eficiente si se ofrece con todo el catálogo de servicios que proporciona la tecnología como un valor añadido a sus servicios. Resulta observable una reticencia natural de los profesionales de las ciencias sociales a lo tecnológico pero estas reticencias son fácilmente superables en cuanto se pueden comprobar las ventajas de los nuevos métodos o la adaptación de los métodos tradicionales a los nuevos medios ofrecidos en la sociedad de información y comunicación⁹.

Realmente el concepto que originariamente se tenía de esta obligación de ofrecer servicios de mediación en línea está en consonancia con la Administración electrónica y la modernización de la justicia.

Incluso, algún destacado administrativista ha considerado que la introducción legislativa de la administración electrónica ha supuesto algo que va más que una mera

⁸ Ya se tuvo ocasión de comentar la resistencia de los mediadores, sobre todo los provenientes del ámbito de la mediación familiar, a permitir el uso de estos sistemas y las trabas que se observaban en algunas leyes autonómicas. (VÁZQUEZ DE CASTRO; FERNÁNDEZ CANALES, 2012, p. 1451-1480.)

⁹ En palabras de ALZATE sería una resistencia casi genética al uso de la tecnología por parte de los profesionales de la resolución de conflictos y pueden observarse distintas fases en la progresiva aceptación de las innovaciones. (ALZATE SAÉZ DE HEREDIA; VÁZQUEZ DE CASTRO, 2014, p. 20-23).

modernización y que supone un auténtico cambio o reforma profunda de la Administración, matizando que otra cosa será su grado de cumplimiento. (GÓMEZ PUENTE, 2009, p. 646).

Si se ha afirmado y viene siendo un pensamiento común que los sistemas de resolución alternativa de disputas son una forma más de acceder a la justicia. Idea reforzada con la afortunada afirmación del sistema de "*Multidoor Courthouse*" o tribunales con puertas diversas de acceso a las soluciones más adecuadas en función de las características de las disputas¹⁰. En este sentido, la mediación intrajudicial se incardina en el proceso jurisdiccional como una puerta más (junto con la judicial) para obtener una solución a la disputa.

Esta mediación intrajudicial es posible en el ámbito civil y mercantil desde el momento en el que se ha previsto que las partes están facultadas para disponer del objeto del juicio y solicitar la suspensión del procedimiento para acudir a la mediación (arts. 415.1.3 y 19.4 de la L.E.C (ESPAÑA, 2000) y art. 16.3 de la Ley 5/2012 (ESPAÑA, 2012b)) y, además, se ha dispuesto la posibilidad de derivación judicial a mediación (ESPAÑA, 2000, art. 414.1)¹¹. Esta mediación intrajudicial debe también estar sujeta a las previsiones del uso de las TIC en la Administración de Justicia. Si ahora se añade la mediación electrónica en este sistema de acceso a la justicia junto con las múltiples puertas se abre una ventana (*Window*) que es a la que todo el mundo puede acceder desde cualquier dispositivo electrónico (*Multindow Courthouse*). La integración de esta mediación intrajudicial complementaría la línea de la ya iniciada "privatización del derecho" (LLÁCER MATA CÁS, 2009) para introducir elementos públicos en estos métodos privados al considerar como intrajudicial un proceso naturalmente extrajudicial como es la mediación.

Hay que ser conscientes de que este tipo de mediación ineludiblemente se va a ver afectada por normas que regulan procedimientos electrónicos y que es precisamente la mediación que se sitúa más cerca de la puerta jurisdiccional la que primero puede beneficiarse de su desarrollo por medios electrónicos. Nos referimos a que la mediación intrajudicial debe

¹⁰ Es recomendable la lectura del discurso pronunciado en 1976 en el que el profesor de la Universidad de Harvard, Frank Sander expone por primera vez esta idea. (SANDER, 1979, p. 65 y ss.).

¹¹ Especial importancia tiene la derivación judicial puesto que en la convocatoria de la audiencia ya se debe informar a las partes de la posibilidad de acudir a mediación pero en la propia audiencia, "en atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa." (ESPAÑA, 2000, art. 414.1.3). Para el éxito de esta derivación el CGPJ ha diseñado y publicado protocolos de derivación a la mediación civil y mercantil que se insertan en una guía para la práctica de la mediación intrajudicial que contiene, además, protocolos de derivación a mediación en todos los ámbitos jurisdiccionales Accesibles en la web: (http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos/Guia_para_la_practica_de_la_mediacion_intrajudicial).

relacionarse con la Administración de Justicia Electrónica que se ha implantado normativamente. Sea cual sea el ámbito de aplicación de la mediación, desde el momento en el que se plantea la posibilidad de mediar como derivación de un proceso jurisdiccional, le van a resultar aplicables las normas que regulan el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

2.3 *El uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. (La Justicia Online)*

Llegado el momento de incardinar la mediación intrajudicial en el ámbito de la Administración de Justicia se puede reflexionar sobre si el uso de la TIC exigible en esta Administración puede extenderse a esta mediación. Debe hacerse una breve alusión a la Administración Electrónica¹² y, más concretamente, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

La Administración de Justicia presenta características que la diferencian de las restantes Administraciones públicas y, en consecuencia, ha requerido de legislación específica contenida en la Ley 18/2011. (ESPAÑA, 2011b.)

En este sentido, a pesar de sus incontestables objetivos¹³, también resultó inicialmente contestada la Ley 11/2007 (ESPAÑA, 2007) que supuso un cambio en el paradigma de los servicios ofertados por la Administración¹⁴. El cambio vino determinado reconocer y garantizar el derecho del ciudadano a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas (AA.PP). Por tanto, todas las AA.PP. tendrán la obligación de posibilitar el acceso a todos sus servicios electrónicos en un plazo fijado¹⁵. Sin embargo,

¹² Una buena definición de la Administración Electrónica viene ofrecida desde la Unión Europea al indicar que "Es el uso de las TIC en las Administraciones Públicas, con los cambios organizativos y nuevas actitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas" (EUROPEAN COMMISSION, 2003).

¹³ Los objetivos de la Administración electrónica son plausibles: prestar de manera ágil, eficaz y eficiente los servicios que las AAPP ofrecen a los ciudadanos, la optimización de los recursos humanos y materiales de las AAPP, garantizar la accesibilidad a los ciudadanos y a las empresas por múltiples canales, sin restricción horaria, la proximidad a la ciudadanía (su opinión cuenta) e identificar las nuevas oportunidades que las TIC ofrece a las AAPP para su modernización de los procedimientos.

¹⁴ Se produce un cambio drástico en el concepto de prestación de servicios al ciudadano (exposición de motivos de la Ley): "...la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común son facultativas. Es decir, dejan en manos de las propias Administraciones determinar si los ciudadanos van a poder de modo efectivo, o no, relacionarse por medios electrónicos con ellas, según que éstas quieran poner en pie los instrumentos necesarios para esa comunicación con la Administración. Por ello esta Ley pretende dar el paso del 'podrán' por el 'deberán'." (ESPAÑA, 2007).

¹⁵ Los instrumentos regulados por la ley para el uso de las AAPP son: sedes electrónicas (Art. 10), canales y puntos de acceso (Art. 8), identificación y autenticación (Art. 13), registro, comunicaciones y notificaciones electrónicas (Capítulo III) y gestión electrónica de procedimientos (Título Tercero). (ESPAÑA, 2007.)

queda condicionada la puesta a disposición de los ciudadanos a las disponibilidades presupuestarias que permitan su satisfacción¹⁶. Este cambio supuso un reconocimiento de nuevos derechos a favor del ciudadano ya que se cambia la tendencia de: “las Administraciones podrán...” a “las Administraciones deberán”, de “los ciudadanos podrán relacionarse, si las AA.PP así lo permiten” a “los ciudadanos podrán y las administraciones estarán obligadas a proporcionar el acceso...”

Estos nuevos derechos pueden concretarse en facultades concretas que proporcionan las herramientas electrónicas como los derechos: a poder registrar documentos electrónicamente, a conocer el estado de tramitación de sus asuntos, a poder pagar electrónicamente, a ser notificado electrónicamente, a elegir el canal de relación, a no tener que aportar datos ya en poder de las AA.PP., a la accesibilidad completa a todos los servicios, a la igualdad de trato, a la libertad de elección tecnológica y a elegir las aplicaciones para relacionarse con las AA.PP., a obtener copias electrónicas de documentos, a obtener los medios de identificación electrónica necesarios, a la garantía de confidencialidad y seguridad de los datos, a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos. (ESPAÑA, 2007.)

De la misma manera, supuso un inicial desconcierto la aprobación y entrada en vigor de la Ley 18/2011 (ESPAÑA, 2011b). La Administración de Justicia presenta características que la diferencian de las restantes Administraciones públicas, por lo que no es plenamente aplicable la Ley 11/2007 (ESPAÑA, 2007). Se trata de un poder del Estado distinto del poder ejecutivo. La relación de los ciudadanos con los órganos judiciales se establece casi siempre a través de profesionales por lo que el acceso del ciudadano es casi siempre mediata. Existen importantes diferencias entre el procedimiento administrativo y las normas procesales. No pueden establecerse plazos o términos distintos de los señalados en las leyes de enjuiciamiento, sino que la norma determina los criterios que deben ser considerados para efectuar el cómputo de los mismos si los actos procesales se efectúan a través de medios electrónicos.

Con estas especialidades se aprueba la Ley 18/2011 (ESPAÑA, 2011b). El objeto de esta ley es regular la utilización de las tecnologías de la información: a) por parte de los ciudadanos y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia, b) en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de Administraciones y organismos públicos.

El objetivo de la Ley también viene perfectamente descrito en la misma al establecer que

¹⁶ La previsión del plazo fue modificado por la D. A. 7ª de la Ley 2/2011 (ESPAÑA, 2011a). La situación actual de crisis y la falta de consecuencias concretas para el supuesto incumplimiento de estas obligaciones, según Valero Torrijos y Martínez Gutiérrez (2013, p. 497), pone en riesgo de paralización el proceso de modernización tecnológica de la Administración.

persigue hacer más efectivo el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas (retrasos), generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia y definir los requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad, en las relaciones entre la administración de justicia, y los profesionales de la justicia.

En definitiva, esta Ley trata de modernizar la Administración de Justicia mediante el uso generalizado y obligatorio de las nuevas tecnologías, que permita avanzar en la tutela efectiva de los derechos de las personas, agilizar los procesos y abaratar costes. Se aplica a la Administración de Justicia, incluidas las Fiscalías, a los ciudadanos en sus relaciones con ella y a los profesionales que actúen en su ámbito, así como a las relaciones entre aquella y el resto de Administraciones y organismos públicos. Está prevista la tramitación electrónica de los procedimientos Judiciales (CAP. IV). En este sentido, la iniciación está prevista que se realice por estos medios electrónicos por parte de los ciudadanos, cuando así lo permita la Ley procesal, se pondrán a su disposición los modelos o impresos normalizados en la sede judicial electrónica. Si se presentan en papel, se procederá a su digitalización. (Art. 36) y principalmente por los profesionales de la justicia. Se presentarán sus demandas y otros escritos por vía telemática, empleando firma electrónica reconocida. El incumplimiento del deber de uso de las tecnologías, en su primera comunicación con un órgano judicial podrá ser subsanado en un plazo máximo de tres días (art. 43). El resto de incumplimientos, no son subsanables. Todo escrito iniciador del procedimiento deberá ir acompañado de un formulario normalizado debidamente cumplimentado. En definitiva, se observa una actividad de inversión en estos sistemas de los que se responsabiliza la propia Administración que se ocupa de facilitar los medios tecnológicos y formularios electrónicos normalizados.

Las herramientas facilitadas son: Sede Judicial Electrónica (art. 9) con el punto de acceso general de la Administración de Justicia (art. 13), Identificación y autenticación (art. 14), registro judicial electrónico (art. 30), comunicaciones y notificaciones electrónicas (art. 33, 34 y 35), tramitación, presentación de escritos, documentos u otros medios o instrumentos (arts. 37, 38 y 39), acreditación de la representación procesal (art. 40), acceso a la información sobre el estado de la tramitación (art. 41), el expediente judicial electrónico (Art. 26), el documento judicial electrónico (Art. 27) y las copias electrónicas (Art. 28). (ESPAÑA 2011b.)

No resulta difícil intuir que la inicial resistencia ante lo nuevo e impuesto por parte del legislador a los profesionales que actúan en el ámbito de la justicia ha acabado por normalizarse e incorporarse de forma progresiva, aunque lenta, en la faceta de los servicios ofrecidos a la ciudadanía¹⁷. En este sentido también los justiciables han adquirido

¹⁷ Esta obligación se contenía en el Artículo 6, punto 3: "Los profesionales de la justicia, en los términos previstos en la presente Ley, tienen el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos por

nuevos derechos con la modernización de la justicia¹⁸. De otro lado, a los profesionales, junto con la obligación antedicha también se les ofrecen derechos o facultades a la hora de relacionarse con la Administración de Justicia que facilitan, agilizan su trabajo y, en definitiva, mejoran su prestación de servicios¹⁹.

Hay que ser conscientes de que aunque, en la regulación definitiva, respecto a la mediación en asuntos civiles y mercantiles desarrollada por medios electrónicos, se está simplemente contemplando la posibilidad de que los profesionales de la mediación ofrezcan sus servicios en línea y para ello podrán contratar la tecnología necesaria con un proveedor de servicios electrónicos. No obstante, si el mediador o la institución de mediación pretenden desarrollar la mediación intrajudicial deberán ser considerados como profesionales de la justicia y deberán asumir las obligaciones derivadas del artículo 6.3 de la Ley 18/2011 (ESPAÑA, 2011b) de utilizar los medios electrónicos. Sea cual sea el ámbito de aplicación de la mediación, desde el momento en el que se plantea la posibilidad de mediar como derivación de un proceso jurisdiccional, le van a resultar aplicables las normas que regulan el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

El problema es que no existe ya ninguna previsión normativa que obligue a instituciones y profesionales de la mediación a ofrecer la posibilidad de desarrollar la mediación por

las Administraciones competentes en materia de justicia, respetando en todo caso las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate." y en el Artículo 8: "Los sistemas informáticos puestos al servicio de la Administración de Justicia serán de uso obligatorio en el desarrollo de la actividad de los órganos y oficinas judiciales y de las fiscalías por parte de todos los integrantes de las mismas, conforme a los criterios e instrucciones de uso que dicten, en el ámbito de sus competencias, el CGPJ, la FGE y las Administraciones competentes, así como los protocolos de actuación aprobados por el Secretario de Gobierno." (ESPAÑA, 2011b).

¹⁸ Estos derechos de los ciudadanos se contemplan en el artículo 4 como un amplio catálogo similar al ofrecido en otras administraciones electrónicas: derecho a elegir el canal a través del cual relacionarse, entre los disponibles, a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios, a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte procesal legítima, a obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de parte o acrediten interés legítimo, a la conservación en formato electrónico por la Administración de Justicia de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente, a utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica del documento nacional de identidad o cualquier otro reconocido, a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos. (ESPAÑA, 2011b).

¹⁹ Los derechos de los profesionales vienen recogidos en el Artículo 6, puntos 1 y 2: A relacionarse con la misma a través de medios electrónicos, a acceder y conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos, a obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que sean representantes procesales, a la conservación en formato electrónico por la Administración de Justicia de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente, a utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica del documento nacional de identidad o cualquier otro reconocido, siempre que dicho sistema le identifique de forma unívoca como profesional. A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos. (ESPAÑA, 2011b).

medios electrónicos. En cualquier caso, es cierto que la inicial previsión normativa de la necesidad de ofrecer mediación por medios electrónicos por parte de instituciones de mediación y mediadores estuvo en vigor poco menos de cuatro meses y apenas tuvo siquiera una trascendencia anecdótica.

Resulta evidente que una imposición de estas características no resultará observada sin haberse previsto repercusión alguna ante su incumplimiento, salvo la eventual denegación de la inscripción en el correspondiente registro aún no existente, si acaso. Ahora la repercusión de no ofrecer estos servicios de mediación podría venir por la ventaja competitiva que puede suponer para quien la ofrezca frente a quien no lo haga. El problema real que se desprende de esta elemental consideración está en que falta un elemento esencial y es que la promoción de la Administración a esta mediación celebrada por medios electrónicos no deja de ser un brindis al sol. Es decir, no existirá un apoyo institucional real a la mediación electrónica si no se aportan las aplicaciones o los sistemas establecidos por las Administraciones competentes en materia de justicia²⁰ y no se ponen al servicio de la Administración de Justicia los sistemas informáticos correspondientes. En definitiva, debiera haberse mantenido la previsión normativa de la obligatoriedad para las mediaciones intrajudiciales siempre que se acompañase tal previsión con la aportación del las herramientas correspondientes por parte de la Administración de Justicia. Incluso, más allá de la inversión inicial, que supone un coste decreciente, podría considerarse que implantar un sistema electrónico desde la propia Administración de Justicia podría suponer un avance en los objetivos de modernización de la justicia. Desde esta ambición de objetivos es desde donde se podrá avanzar en la consecución de los fines proclamados legalmente de promover la mediación por medios electrónicos y de modernizar la justicia.

3. Las modalidades de RDL y su novedad

3.1 Paralelismo de las RDL con la solución de disputas presenciales.

Existe una equivalencia funcional entre las modalidades presenciales y virtuales utilizadas para la solución extrajudicial. Evidentemente, los sistemas de RDL no pueden ser distintos a los sistemas de RAD, aunque aquellos presenten peculiaridades propias del entorno virtual en el que se desarrollan. Hay que ser conscientes de que la tecnología sólo es un instrumento utilizado para facilitar el desarrollo a los modelos de solución de conflictos ya

²⁰ Para el caso de que se incorporen sistemas de este tipo por parte de Administraciones Autonómicas con competencia en materia de justicia también serán exigibles los requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad, establecidos en las relaciones entre la administración de justicia, y los profesionales de la justicia en la Ley 18/2011(ESPAÑA, 2011b).

conocidos²¹. En consecuencia, son los profesionales que pretenden optimizar los procesos de RAD a los que dedican su actividad los que ponen a su servicio la tecnología. En consecuencia hay un paralelismo entre los sistemas de RDL y de RAD con alguna peculiaridad que ofrece la posibilidad de la no presencialidad, las comunicaciones asincrónicas y la posibilidad del profesional de controlar todo el proceso pudiendo jugar con los tiempos, el uso de los textos o comunicación escrita más reflexivo y menos emocional que la comunicación oral (BILLINGS; WATT, 2010), el contar con un archivo completo de las interacciones del proceso de mediación, mayor agilidad en las comunicaciones individuales del profesional con cada parte (caucus), poder recordar o reutilizar mensajes pasados y la posibilidad de tener un mentor invisible (FEMENIA, 2003, p. 108-111).

En todas las plataformas de RDL se ofrecen dos tipos de herramientas tecnológicas: de un lado, los procedimientos de gestión de expedientes y administración electrónica y, de otro lado, los sistemas de comunicación electrónica. En todo caso, los sistemas de RDL no son creaciones artificiales que no tengan su correspondencia con algún modelo o sistema autónomo o heterónimo de solución extrajudicial de conflictos. Los sistemas autónomos se basan en la colaboración de las partes para lograr el acuerdo por sí mismas: negociación y mediación electrónicos. De otro lado, están los sistemas heterónomos o adjudicativos, donde un tercero decide o participa en la solución del caso: el más conocido es el arbitraje electrónico. No obstante, existen otros sistemas imaginativos en EE.UU: como los “jurados virtuales o “cybercourts” en los que se somete la decisión a la opinión y votación de un jurado privado²². Con todas las modalidades expuestas, también es frecuente que sean las propias instituciones de mediación las que ofrezcan plataformas híbridas, donde se permita el acceso de un método a otro a modo de pasarela²³. En todo caso, si una institución va a ofrecer ambos métodos deberá separar bien ambas actividades y a los profesionales que trabajan en ellas.

Quizá la única cuestión más extraña a la realidad presencial sea la posibilidad de jugar con el tiempo y dejar programadas en un software no sólo las posibles preguntas a formular a las partes sino, a través de sistemas de inteligencia artificial y estadística, pronosticar las

²¹ En idéntico sentido se pronuncia Aparicio Vaquero (2002, p. 15) cuando afirma que la intervención de la informática tiene el papel de mero instrumento al servicio de las partes en las relaciones contractuales de la contratación electrónica.

²² Se emula o imita el sistema judicial civil estadounidense donde se formará un jurado que decide sobre la prueba con la sola petición de una de las partes y donde el juez tiene mucha más libertad o flexibilidad para marcar las reglas del proceso. (VÁZQUEZ DE CASTRO, 2009, p. 1050-1051).

²³ Se puede consultar una extensa y detallada lista de servicios que se están ofertando en la actualidad de RDL en el completo del reciente artículo de Vilalta Nicuesa (2012 y 2013).

posibles respuestas y crear diversos itinerarios ordenados en función de las respuestas obtenidas hasta llegar a soluciones típicas que acepten las partes (CARNEIRO; NOVAIS; NEVES, 2013; CARNEIRO et al., 2013). Este tipo de programación utilizada para resolver conflictos es la que se denomina negociación automatizada y ha dado lugar a que algunos autores estadounidenses hablen de "la cuarta parte" para referirse al programa informático o software que interviene en la negociación para solucionar el conflicto entre las dos partes en disputa. Es decir, tendríamos las dos partes en disputa, el mediador o árbitro sería el tercero, y el sistema informático sería "la cuarta parte"²⁴. Incluso, a efectos de responsabilidad civil por posibles daños y perjuicios derivados de una deficiente mediación también podría considerarse nuevos responsables a los prestadores de servicios junto con los mediadores (ROGEL VIDE, 2012 y 2010; PLAZA PENADÉS, 2013a y 2013b; VATIER FUENZALIDA, 2002).

Ciertamente, la irrupción de esta actividad electrónica en Internet, paralela a la más convencional y cotidiana, hace pensar en la duplicidad de mundos presencial y virtual²⁵. Ante esta duplicidad, las particularidades del mundo virtual y los conflictos que se generan en él, cabe la reflexión sobre la necesidad de un derecho especial que regule el entorno electrónico más allá de la clasificación de una serie de normas sectoriales y parciales que pivotan sobre un tema específico²⁶. No obstante, la progresiva complejidad de las relaciones

²⁴ Una de las aportaciones conceptuales más relevantes del libro de Katsh y Rifkin (2001) es la introducción del concepto de cuarta parte. Los procesos de resolución de disputas en línea, al basarse en Internet, tienen que revisar el papel de la figura de la tercera parte, que debe apoyarse en programas informáticos (tecnología) lo cual, a su vez, modela el proceso. Como resultado, la RDL, no tiene tres partes, sino cuatro, conformando una representación gráfica cuadrada en vez de triangular. Esta cuarta parte presente en la "mesa" de la mediación es la tecnología que trabaja con la persona mediadora o facilitadora. En general, esta "cuarta parte" no reemplaza a la persona mediadora, y no tiene la misma influencia, pero funciona como un aliado, colaborador y compañero: "Así como el rol de la tercera parte puede variar de acuerdo con el contexto, también lo hace el rol de la cuarta parte. En la mayoría de los procesos de RDL, la cuarta parte no reemplaza la tercera parte sino que funciona como aliado, colaborador y colega. La cuarta parte puede asumir responsabilidad de distintas comunicaciones entre las partes; la manera en que la tercera y cuarta parte interactúan, afecta a muchos elementos del proceso de resolución de disputas" (RIFKIN, 2001, p. 117-124).

²⁵ Resulta curioso e interesante el artículo sobre la regulación de las relaciones personales y económicas en el mundo virtual (V. gr. "Second Life", "Entropia Universe", "There", "HiPiHi" y "Weblo") que aborda de forma muy técnica la cuestión sobre la validez de los contratos celebrados en mundos virtuales (MONTERROSO CASADO, 2009, p. 19-62).

²⁶ Puede resultar ilustrativa la comparación del Derecho de las Nuevas Tecnologías (*Cyberlaw*) con el Derecho de los caballos (*Law of Horse*). Ésta comparación se hizo porque el Prof. Gerhard Casper, cuando era decano de la Facultad de Derecho de la universidad de Chicago, se preciaba de no haber permitido que se ofreciese un curso sobre el derecho de los caballos. La razón de la propuesta era que en el estado de Illinois se buscaba una especialización en el derecho que afecta a los equinos por la importancia de esa ganadería en la economía estatal. El Derecho de los caballos implicaba los casos sobre compra-venta de caballos, los casos sobre licencias para montar y correr en caballo, los cuidados veterinarios preceptivos para los caballos, los premios y shows de caballos y los daños causados por los caballos. Realmente, todas estas cuestiones pueden resolverse en el contexto de normas jurídicas más generales, sin necesidad de adjetivar las soluciones concretas como el derecho de los caballos. Lo que merecería una

personales y económicas generadas, mantenidas y extinguidas en este espacio virtual, aún puede manejarse su régimen jurídico sin necesidad de reivindicar un derecho propio y autónomo. En principio, basta con aplicar con buena lógica jurídica las leyes generales para completar las, cada vez más numerosas, normas especiales y sectoriales que se ocupan de la aplicación de las nuevas tecnologías en las relaciones jurídicas y económicas. Idéntica conclusión se debe sacar respecto a los sistemas de RDL. De hecho, todas ellas están construidas sobre una base común que es la autonomía de la voluntad. Efectivamente, todos los sistemas extrajudiciales, entre los que incluimos los sistemas de RDL, se sostienen sobre el sólido andamiaje de la libertad contractual (ESPAÑA, 1889, art. 1255) y la regla universal “*pacta sunt servanda*” (ESPAÑA, 1889, art. 1091) por la que resultan vinculantes todos los acuerdos sobre los que ha recaído el consentimiento de las partes. Estas normas, que se encuentran recogidas en todos los ordenamientos jurídicos, hacen posible la eficacia de los sistemas de RDL, con independencia del instrumento tecnológico que se utilice y de la concreta norma especial que, en su caso, les resulten aplicables.

3.2 *Las diversas modalidades de sistemas de RDL autocompositivas.*

Hay que ser conscientes que los sistemas de RAD presenciales, también admiten una variedad más amplia que no resulta siempre compatible con nuestro ordenamiento jurídico. Del mismo modo, surgen sistemas de RDL que tampoco encuentran un claro encaje en nuestro derecho. De otro lado, están sistemas de plataforma multisistemas o con sistemas secuenciales en los que se ofrecen varias fórmulas de solución de disputas a elección de las partes y en las que se puede pasar de una a otra a voluntad o en las que se ofrece una sucesiva oferta de métodos de solución a medida que se van descartando o frustrando los inicialmente intentados (lo más habitual es ofrecer mediación y si no se logra un acuerdo optar por el arbitraje). Por último, están sistemas los mixtos o híbridos que participan de características de distintos sistemas de RDL o en los que sólo parcial o puntualmente se utilizan los medios electrónicos como apoyo a un sistema de RAD presencial.

Serían negociaciones, mediaciones o arbitrajes presenciales convencionales en los que puntualmente se hiciese uso de algún tipo de instrumento tecnológico para el desarrollo de alguna de sus fases, comunicaciones o actuaciones. (VÁZQUEZ DE CASTRO 2012a).

En este artículo se va a insistir en la utilidad de los sistemas de RDL para adaptar los sistemas autocompositivos. En definitiva, dejando aparte el arbitraje electrónico, a

mayor reflexión es si al Derecho de las Nuevas Tecnologías le ocurre como al derecho de los caballos o tiene sustantividad e identidad propia que le hace merecedor de consideración especial (BELLIA; BERMAN; POST, 2003 pp. 2-4).

continuación se expondrán los regímenes jurídicos de las modalidades más comunes y que con mayor o menor fortuna se vienen utilizando en la práctica:

3.2.1 Negociación electrónica. Negociación automatizada y negociación asistida

Por lo general, se entiende y se usa la negociación como una negociación competitiva o distributiva, no integrativa. Las partes se sitúan en la dinámica del ganar/perder porque se basa en el juego de sumatorio cero, que es competitivo y no-colaborativo. La idea es que cada parte va a acabar perdiendo o cediendo un poco respecto a las pretensiones iniciales para alcanzar un acuerdo y evitar o, incluso, renunciar a litigar si se acude a la transacción (ESPAÑA, 1889, art. 1809 y ss) (ROGEL VIDE, 2012; TAMAYO HAYA, 2002). En definitiva, en la negociación las partes adoptan una actitud como ante un juego de riesgo, en el que se hacen ofertas y peticiones extremas, con el objetivo de sacar el mayor beneficio posible. Esta actitud hace que las negociaciones se demoren, con frecuencia, en exceso, y que la gente se muestre reacia a negociar. Por su parte, la negociación en red elimina muchas de las barreras que producen reserva y que dificultan el proceso negociador.

Mediante la tecnología no sólo se puede negociar sobre la base del modelo competitivo sino que también es útil para articular un sistema de negociación colaborativa. Efectivamente, también se puede articular un sistema automatizado o asistido de diagnóstico del conflicto para determinar los intereses y necesidades de las partes y tratar de buscar soluciones que optimicen al máximo la adopción de acuerdos por compatibilizar los intereses de las partes. Es decir, se busca articular sistemas de negociación colaborativa en los que no necesariamente lo que gane una parte lo pierda la otra. El auxilio de la tecnología para lograr una negociación automatizada o colaborativa en la búsqueda de maximizar el interés común de las partes supone un cierto avance por la ventaja de poder objetivar con facilidad esa compatibilidad de intereses mediante la estadística, la lógica o la teoría de juegos de la matemática aplicada.

La negociación electrónica se realiza sin contacto personal o presencial entre los disputantes; el ordenador funciona como intermediario o conducto a través del cual se produce la comunicación. Se elimina la aprensión que algunas personas pueden sentir al relacionarse con la otra parte de la disputa, o cuando tiene que responder instantáneamente a nuevos hechos, propuestas, argumentos legales, etc. A pesar de que se tiene la imagen del uso inmediato, rápido o instantáneo de los dispositivos electrónicos (es de sobra conocida la tendencia al "click" o a pulsar enlaces de forma irreflexiva) tampoco es el único modelo de comunicación. De hecho, las comunicaciones electrónicas asincrónicas en las que no existe simultaneidad permiten un mayor grado de reflexión y sí, además, se añade la comodidad de estar negociando en casa (literalmente) la sensación y actitud negociadora

puede favorecer, aún más, la consecución de acuerdos.

Además, la negociación en línea puede estar bastante automatizada, con lo que las personas no necesitan aprender técnicas, tácticas y comportamientos complicados que les permitan manejar adecuadamente la situación para lograr un buen resultado. El propio sistema automatizado o semi-automatizado va guiando a las partes para que logren dar el paso de las posiciones a los intereses. Es muy importante el diseño del software en la negociación electrónica en el que puede estar la clave del éxito del sistema.

Finalmente, la negociación en red no está sujeta a las barreras espaciales y temporales de la negociación presencial; se puede llevar a cabo en cualquier momento del día, desde cualquier lugar en el que haya un ordenador con acceso a Internet. Resumiendo, la negociación en red ofrece nuevas posibilidades de utilizar un proceso cómodo de resolución de conflictos para muchas personas que sienten cierto rechazo a las negociaciones en presencia de la otra parte. Se podría decir que hay dos tipos de negociación en red, la negociación automatizada y la negociación asistida.

La negociación automatizada sería aquella en la que está todo el proceso de negociación previamente programado y determinado sin dejar mucho margen a las aportaciones de las partes. Sistema de preguntas cerradas y de introducir datos concretos y cifras o cantidades económicas. También pueden incorporarse propuestas de solución basados en casos previos de negociación con éxito que presenten más o menos analogías con el que se está desarrollando. Por este motivo, tendrá más éxito un sistema de negociación automatizado sectorial o especializado. Suelen tipificarse una serie de conflictos negociados, aquellos que tienden a reproducirse recurrentemente, para construir una base de datos en la que se destacan las diversas soluciones asumidas por las partes. En función de la mayor o menor similitud de los casos con los ya registrados se ofrecen unas u otras soluciones. La inteligencia artificial viene a mejorar el sistema y a retroalimentarlo. Mediante la inteligencia artificial el propio sistema va aprendiendo a afinar en las propuestas de solución conforme más casos se van tipificando en las bases de datos. En cada pregunta formulada se identifican circunstancias o intereses de las partes a las que se asigna un valor. Tras cruzar los datos de los valores asignados a las respuestas del caso concreto que se trata de solucionar con los datos de respuestas de otros casos precedentes con valores de respuesta iguales o similares se generan propuestas de acuerdo. Habitualmente, en casos precedentes también se han ofrecido varias opciones que frecuentemente han satisfecho los intereses de las partes en el mismo o muy parecido supuesto. Las opciones menos elegidas van perdiendo valor asignado y, finalmente, muchas no se ofrecerán o se ofrecerán escalonadamente como última opción. Incluso estos sistemas de inteligencia artificial se pueden enriquecer incorporando al sistema datos o metadatos externos procesados por el

propio software, por ejemplo deduciendo el grado de estrés de las partes de los movimientos o lecturas faciales del estado de ánimo (NOVAIS et al., 2013).

De otro lado la negociación asistida es aquella en la que el proceso está diseñado para guiar a las partes mediante cuestionarios o formularios electrónicos en la negociación (Sobre el uso de formularios en mediación vid. Haynes (2000)). También esta supervisión de la negociación implica estructurar las preguntas como un árbol en el que se asignan parámetros predeterminados con distintas secuencias. Las secuencias varían en función de las respuestas introducidas, pero a diferencia de la negociación automatizada, al final se deja un margen para que las partes puedan aportar nuevas soluciones. Es decir se permite introducir variables no parametrizadas previamente editando un texto, adjuntando archivos o realizando variantes a propuestas ofrecidas. De hecho, podría establecerse una negociación electrónica híbrida en la que se comenzase con un sistema automatizado y, al no encontrarse tipificado el caso, continuasen las partes respondiendo preguntas finales abiertas en la búsqueda de satisfacer los intereses no identificados. Evidentemente, las preguntas abiertas requieren una lectura o valoración reflexiva lo que implica que se pierde el automatismo²⁷.

Por ejemplificar alguno de estos sistemas de negociación podría servir como exponente de negociación automatizada el modelo de "puja ciega". En los modelos de negociación automatizada, o de "puja ciega" (*blind bidding*) se limitan las pretensiones a deudas de sumas de dinero y la controversia es puramente de cantidad. Como se expondrá con detalle, bien podría tener cabida este supuesto en la previsión de un "procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad" como se ha previsto en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles (ESPAÑA, 2012b, DF 7ª).

Cuando en un conflicto hay muchos asuntos, los problemas no son meramente pecuniarios, o hay controversia sobre los hechos, es más oportuna la utilización de un modelo llamado "negociación asistida por programa" (*software-enhanced negotiation*), o, más brevemente, negociación asistida. En esta negociación se facilita a las partes todo el proceso al máximo para que puedan llegar a un acuerdo de la manera más sencilla posible. Se ofrecen herramientas para la preparación para la negociación, cuantificar la satisfacción. Maximizar los beneficios y asegurar el compromiso al que se llega facilitando su materialización y prueba. En este caso, se produce un mayor grado de interacción entre

²⁷ En ocasiones, se suele distinguir un modelo más simple de negociación electrónica, consistente en la mera comunicación puntual de las partes a través de internet de forma asincrónica comúnmente, pero nos resistimos a considerar que este modelo guarda alguna peculiaridad especial respecto al supuesto clásico de la negociación a distancia en general. Una negociación mediante correo electrónico, chat o videoconferencia no es distinta a la realizada por teléfono o por correo postal. (PONTE; CAVENAGH, 2005).

las partes y de éstas con el programa informático.

3.2.2 2.2. *La mediación electrónica simplificada. A medio camino entre la negociación y la mediación desarrolladas por medios electrónicos.*

La necesidad de acudir a la mediación electrónica viene determinada por la consideración de ofrecer un procedimiento sencillo y barato para solventar los conflictos de bagatela (escasa cuantía) y de poca complejidad. La recomendación de acudir a la mediación electrónica en aquellos casos en los que las posiciones de las partes están claras y tan sólo existen diferencias en la cuantía que una parte debe recibir y la otra pagar se explica claramente por razones de economía. Por este motivo, el legislador español establece un procedimiento simplificado en la Disposición Final 7ª de la Ley 5/2012 (ESPAÑA, 2012b), que debe ponerse en relación con la negociación asistida y automatizada.

Resultan sorprendentes algunos pleitos en los que el objeto de la controversia es muy inferior a las costas judiciales y, aún así, las partes acuden al litigio. Además, estas costas judiciales en nuestro sistema judicial no cubren los costes reales que le supone a la justicia poner en marcha toda su maquinaria. En muchos casos, además, se observa que lo que existe detrás de estos pleitos no es el valor económico reclamado sino el valor o coste emocional que tiene el objeto del pleito para las partes. Para estos casos el esquema del pleito implicará una fuerte insatisfacción para quien ve desestimadas sus pretensiones y, además, tiene que cargar con las costas del proceso. Incluso para muchas empresas e instituciones puede suponer un gran ahorro global e contar con estos sistemas para resolver pequeñas, o no tan pequeñas, reclamaciones de usuarios o clientes. Ante la pregunta generalizada de que si está comprobado el ahorro de costes de esta inicial puesta en marcha del sistema puede ponerse algún ejemplo en el que la implantación se calificó como inversión de coste decreciente. Uno de los ejemplos más significativos puede ser el del Ayuntamiento de la ciudad de Nueva York. Durante el programa piloto que se implantó en el Ayuntamiento de Nueva York en 2007 se estimó que se ahorraron a la ciudad 25 millones de dólares en costes de administración y gastos legales asociados, durante los tres primeros años. La implementación se consideró como una inversión de coste decreciente (LIU, 2012). Definitivamente, este dato sirvió para incorporar el sistema “*Omnibus Automated Image Storage and Information System (OAISIS)*” en el proceso de reclamaciones. En la última memoria publicada se estima que con este sistema, sólo durante todo el año 2011, la ciudad ahorró más de 20 millones de dólares (LIU, 2012).

Por estos motivos la previsión de mediación electrónica puede resultar provechosa al reducir los costes globales de las reclamaciones, al permitir que las pretensiones de ambas partes puedan verse satisfechas y por reducir las posibles implicaciones emocionales al

acudir a un sistema puramente objetivo y despersonalizado. En este sentido, existen herramientas de negociación asistida o automatizada tales como la puja ciega que pueden servir de instrumento de mediación para que las partes alcancen acuerdos.

Estos procedimientos, pueden tener encaje en el concepto de “mediación simplificada” que viene también contemplada en la citada Disposición Final 7ª que parece perfectamente concordada con este párrafo segundo del artículo 25 de la misma Ley 5/2012 (ESPAÑA, 2012b). En cualquier caso, parece evidente que el ámbito donde más virtualidad práctica tendría un sistema como el descrito es en materia de consumo que se encuentra expresamente excluido en esta Ley (art. 2.2 d).

Se pueden articular sistemas de mediación electrónica simplificada en los que sea el sistema informático el que asista principalmente a las partes para la consecución de posibles acuerdos. Ésta posibilidad se ha denominado como mediación automatizada (FEMENIA, 2003). Es decir, se puede ofrecer a las partes un procedimiento totalmente automatizado de mediación sobre la base de introducir en el sistema preguntas a las partes que las conduzcan de forma automatizada a posibles soluciones que satisfagan sus intereses de entre las ya adoptadas en casos típicos similares. Esta tipicidad se puede establecer por el propio sistema informático que, sobre la base de la estadística de casos mediados con éxito, puede extraer variables comunes entre diversos supuestos utilizando la inteligencia artificial. Quizá la complejidad del diseño del sistema pueda parecer excesiva. Sin embargo, los posibles resultados de facilitar al mediador una herramienta útil son considerables.

Otra posibilidad, más cercana a la negociación automatizada que a la mediación, es la que ofrecen las herramientas denominadas como de “puja ciega” que proponen a las partes alcanzar un acuerdo si las propuestas de ambas están dentro de un límite de tolerancia establecido (VÁZQUEZ DE CASTRO, 2011). El margen de tolerancia y el número de ofertas o pujas deberán acordarse por las partes antes de cursar el procedimiento y podrá ser objeto de asesoramiento del mediador o de la persona experta que quieran las partes. En este caso las ofertas se hacen a la plataforma informática directamente por las partes que desconocen la puja que ha realizado la otra al no existir comunicación entre sí. La plataforma enviará a las partes una comunicación oficial notificándoles el resultado del procedimiento. En caso de no alcanzar ningún acuerdo en un determinado número de intentos el expediente pasará a ser *cerrado sin acuerdo*. En caso de que alguna de las pujas entre dentro del porcentaje asumido por ambas partes como aceptable o tolerable se ofrece como acuerdo directamente.

Resulta un tanto forzado incluir estos casos de puja ciega, tal y como se han descrito, dentro de la categoría de la mediación. Sin embargo, parece que la descripción legal de estos

procedimientos podría encajar en el sistema denominado como mediación simplificada en la propia Ley (ESPAÑA, 2012b, DF 7^a)²⁸. En estos casos, realmente, la labor del mediador únicamente consistirá en diseñar y redactar los formularios y firmar las actas inicial y final. Por este motivo, parece adecuado utilizar la expresión que viene denominando al propio programa informático, que permite la automatización de la negociación de los acuerdos, como “la cuarta parte” por interactuar junto con las partes y el mediador.

Evidentemente, este procedimiento simplificado solamente podrá utilizarse para reclamaciones de cantidad, y resultará extremadamente útil y ágil en disputas mercantiles que versen única y exclusivamente sobre cuestiones monetarias (CORTÉS, 2011; CORTÉS; DE LA ROSA, 2013). También resultará un método idóneo para resolver disputas generadas en el “mercado en línea” con consumidores (SUQUET-CAPDEVILA, 2012) Aunque esta materia de consumo no entra en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 (ESPAÑA, 2012b, art. 2.2.d) contará con regulación específica en la que podría contemplarse este sistema, dentro del margen de discrecionalidad que permite la normativa europea²⁹. Es previsible que las Instituciones europeas que están diseñando una “plataforma de resolución de litigios en línea” incorporen aplicaciones que, de alguna manera, recojan sistemas de puja ciega, aunque tampoco se ha detallado suficientemente el sistema que se ofrecerá en la sede electrónica “*Your Europe*”. La descripción de esta plataforma tan sólo establece que debe permitir presentar reclamaciones rellenando un formulario electrónico de reclamación y adjuntar todos los documentos pertinentes, transmitiendo la reclamación a una Entidad de Resolución Alternativa competente (Considerando 18)(BARRALS VIÑALS, 2014; VAZQUEZ DE CASTRO, 2013).

4. Bibliografía

- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. **Resolución de Disputas en Línea**. Las claves de la mediación electrónica. Madrid: REUS, 2014.
- APARICIO VAQUERO, J. P. **La nueva contratación informática**. Introducción al outsourcing de los sistemas de información. Madrid: Editorial Comares, 2002.
- BARRAL VIÑALS, I. Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, small claims y plataformas

²⁸ Esta postura de encaje y compatibilidad se ha mantenido por el autor. No obstante, debe advertirse que, en estos casos, deben extremarse las garantías legales para evitar que la propia tecnología se convierta en la verdadera protagonista en detrimento del protagonismo que, en toda mediación, deben tener las partes en conflicto (VÁZQUEZ DE CASTRO, 2012a; p. 326-329 y 2012b, p. 573-580).

²⁹ El Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de junio de 2013 publica la Directiva 2013/11/UE (UNION EUROPEA, 2013b). En la misma fecha ha sido publicado el Reglamento (UE) n° 524/2013 (UNION EUROPEA, 2013a) por el que se modifican las mismas normas afectadas por la Directiva antes mencionada.

- interactivas. **Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías**, nº 34, p. 43-65, 2014.
- BELLIA, P. L.; BERMAN, P. S.; POST, D. G. **Cyberlaw: Problems of Policy and Jurisprudence in the Information Age**. St. Paul, Minnesota: Thomson/West, 2003.
- BILLINGS, M.; WATT, L. A. Understanding Dispute Resolution Online: Using Text to Reflect Personal and Substantive Issues in Conflict. In: CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS, 2010, Atlanta. **Proceedings...** New York: ACM, 2010. p. 1447-1456.
- CARNEIRO, D.; NOVAIS, P.; NEVES J. Using genetic algorithms to create Solutions for conflict resolution. **Neurocomputing**, v. 109, p. 16–26, june/2013.
- CARNEIRO, D. et al. Using Case-Based Reasoning and Principled Negotiation to provide decision support for dispute resolution. **Knowledge and Information Systems**, v. 36, n. 3, p. 789–826, sept./2013.
- CASANOVAS, P. Some research lines in legal knowledge management: Semantic web, ODR and relational law. **Scire**, Zaragoza, v. 18, n. 1, p. 15-28, jan./2012.
- _____.; POBLET, M. Justice via the Internet: Hopes and Challenges of Law and the Semantic Web. In: INTERNATIONAL CONFERENCE LAW VIA THE INTERNET, 9. 2008, Florencia. **Proceedings...** Florence: European Press Academic Publishing, 2008. p. 347-358.
- CORTÉS, P. Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 19, n. 1, p. 1-28, oct./2010.
- _____.; DE LA ROSA, F. E. Building a global redress system for low- value cross-border disputes. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 62, n. 2, p. 407-440, abr./2013.
- ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. **BOE**, Jefatura del Estado, Madrid, 25 jul. 1889. N. 206, p. 249 - 259
- _____. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. **BOE**, Jefatura del Estado, Madrid, 8 ene. 2000. Sección I, n. 7, p. 1-289.
- _____. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. **BOE**, Jefatura del Estado, Madrid, 23 jun. 2007. Sección I, n. 150, p. 27150-27166.
- _____. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. **BOE**, Jefatura del Estado, Madrid, 5 mar. 2011a. Sección I, n. 55, p. 25033-25235.
- _____. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. **BOE**, Jefatura del Estado, Madrid, 6 jul. 2011b. Sección I, n. 160, p. 71320-71348.
- _____. Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. **BOE**, Jefatura del Estado, Madrid, 6 mar. 2012a. Sección I, n. 56, p. 18783-18799.
- _____. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. **BOE**, Jefatura del Estado, Madrid, 7 jul. 2012b. Sección I, n. 162, p. 49224-49242.
- EUROPEAN COMMISSION. **The Role of eGovernment for Europe's Future**. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European economic and social Committee and the Committee of the regions. Brussels: European Commission, 2003.
- _____. **European Research Area**. Progress Report 2013. Brussels: European Commission, 2013.
- FEMENIA, N. Sistemas on line de resolución de conflictos. In: VINYAMATA, E. (Coord.). **Tratamiento y Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, nº 10, p. 222-246, 2014.

- transformación de conflictos.** Métodos y recursos en conflictología. Barcelona: Ariel, 2003. p. 103-120.
- GÓMEZ PUENTE, M. Registros, comunicaciones y notificaciones telemáticas en la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. In: ORDUÑA MORENO, F. J. et al. **Comercio, Administración y registros electrónicos.** Madrid: Civitas, 2009. p. 614-616 y 645-647.
- HAYNES, J. M. **Fundamentos de la Mediación Familiar.** Manual práctico para mediadores. 2. ed. Madrid: Gaia Ediciones, 2000.
- KATSH, E.; RIFKIN, J. **Online dispute resolution.** San Francisco: Jossey-Bass, 2001.
- LIU, J. C. **Claims Report: Fiscal Year 2011.** New York: Office of the Comptroller, 2012.
- LLÁCER MATA CÁS, M. R. Códigos de conducta y on-line dispute resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho. **Anuario de derecho civil**, v. 62, n. 4, p. 1523-1578, 2009.
- MONTERROSO CASADO, E. La validez de los contratos celebrados en mundos virtuales. **CEFLegal: Revista Práctica del Derecho. Comentarios y Casos Prácticos**, Nº 106, p. 19-62, 2009.
- NOVAIS, P. et al. The relationship between stress and conflict handling style in an ODR environment. In: MOTOMURA, Y.; BUTLER, A.; BEKKI, D. **New Frontiers in Artificial Intelligence. Lecture Notes in Computer Science Series**, v. 7856. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2013. p. 125-140.
- OCDE. **Indicadores del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación 2013.** Madrid: FECYT, 2013.
- PLAZA PENADÉS, J. La responsabilidad civil de los intermediarios en internet. In: GUILLÉN CATALÁN, R.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Coord.). **Derecho y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación.** Pamplona: Arazandi, 2013a. p. 261-296.
- _____. Mediación y responsabilidad civil. In: VÁZQUEZ DE CASTRO, E. **Practicum Mediación.** Pamplona: Arazandi, 2013b. p. 575-588.
- POBLET, M. et al. **Tecnologies per a la mediació en línia: estat de l'art, usos i propostes.** In: CASANOVAS, P.; MAGRE, J.; LAUROBA, M. E. (Eds.) **Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya.** Barcelona: Huygens Editorial, 2009. p. 943-1008.
- PONTE, L.; CAVENAGH, T. **Cyberjustice: Online Dispute Resolution (RDL) for e-commerce.** New Jersey: Pearson Prentice Hall Inc, 2005.
- RIFKIN, J. Online Dispute Resolution: Theory and practice of the fourth party. **Conflict Resolution Quarterly**, v. 19, n. 1, p. 117-124, 2001.
- ROGEL VIDE, C. Comentario al artículo 14. Responsabilidad de los mediadores. In: GARCIA VILLALUEGA, L.; ROGEL VIDE, C. (Dirs.). **Mediación en asuntos civiles y mercantiles.** Comentarios a la Ley 5/2012. Madrid: REUS, 2012. p. 179-186.
- _____. Mediación y transacción en el derecho civil. En: GARCÍA VILLALUENGA, L.; TOMILLO URBINA, J.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Coords). **Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI.** Madrid: REUS, 2010. p. 19-38.
- SANDER, F. E. A. Varieties of Dispute Processing. In: LEVIN, L.; WHELLER, R. R. (Eds.). **The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future.** St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1979. p. 65-87.
- SUQUET-CAPDEVILA, J. Exploring online consumer mediation in Catalonia: principles and technological uses. In: **International Journal of Law and Information Technology**, v. 20, n. 2, p. 124-146, Summer/2012.
- TAMAYO HAYA, S. **El contrato de transacción.** Madrid: Civitas, 2002.

- UNION EUROPEA. 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. **Diario Oficial de la Unión Europea**, 24 mayo 2008. L. 136, p. 3-8.
- _____. Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. **Diario Oficial de la Unión Europea**, 18 jun. 2013a. L. 165, p. 1-12.
- _____. Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). **Diario Oficial de la Unión Europea**, 18 jun. 2013b. L. 165, p. 63-79.
- VALERO TORRIJOS J.; MARTÍNEZ GUTIERREZ, R. Las bases jurídicas de la modernización tecnológica en las administraciones públicas. In: VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; GUILLÉN CATALÁN, R. (Coords.). **Derecho y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación**. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- VATTIER FUENZALIDA, C. Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico. In: CREMADES, J.; FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.; ILLESCAS, R. **Régimen Jurídico de Internet**, Madrid: La Ley, 2002. p. 1177-1202.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Los contratos ilegales en "Common Law". **Anuario de Derecho Civil**, v. 55, n. 1, p. 115-162, 2002.
- _____. La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EE.UU. In: ARRANZ DE ANDRÉS, C.; SERNA VALLEJO, Margarita. **Estudios de Derecho español y europeo**: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria. Santander: Universidad de Cantabria, 2009. p. 1045-1062.
- _____. Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.). **Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías**, n. 27, p. 17-33, 2011.
- _____. Comentario al Artículo 24. In: GARCIA VILLALUEGA, L; ROGEL VIDE, C. (Dir.). **Mediación en asuntos civiles y mercantiles**. Comentarios a la Ley 5/2012. Madrid: REUS, 2012a. p. 311-326.
- _____. Comentario a la Disposición Final Séptima In: GARCIA VILLALUEGA, L; ROGEL VIDE, C. (Dir.). **Mediación en asuntos civiles y mercantiles**. Comentarios a la Ley 5/2012. Madrid: REUS, 2012b. p. 573-579.
- _____. Resolución de litigios "en línea" en materia de consumo. Marco normativo europeo y adaptación del sistema arbitral de consumo. **Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías**, n. 32, p. 99-129, 2013.
- _____. VÁZQUEZ DE CASTRO E. y FERNÁNDEZ CANALES, C. El actual marco normativo de la mediación electrónica. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, año n. 88, n. 731, p. 1451-1480, 2012.
- VILALTA NICUESA, A. E., **Mediación y arbitraje electrónico**. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- _____. Contratación transnacional y acceso a la justicia. Mecanismos de Resolución Electrónica de Disputas. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, año n. 88, n. 732, p. 2067-2150, 2012.