

02 NOV 2021

# **Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI [Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)] 1ª ed., octubre 2021**

PRIMERA PARTE POSIBILIDADES DE LA MEDIACIÓN Y DEL ARBITRAJE Y DE SU INTERACCIÓN

CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA MEDIACIÓN EN REMOTO

## **Cuestiones prácticas de la mediación en remoto**

MANUEL DÍAZ BAÑOS

### **. INTRODUCCIÓN: EL MOMENTO DE AFRONTAR LOS DESAFÍOS LEGALES DE UNA FORMA DISTINTA**

Nos encontramos en un momento sin precedentes, cuyas consecuencias sociales, económicas y jurídicas nos van a acompañar durante mucho tiempo. Esta situación está provocando un impacto constatable en las relaciones comerciales y, por ende, tanto en los justiciables como en la propia Administración de Justicia<sup>1</sup>.

La coyuntura actual nos obliga a afrontar los desafíos legales de una manera diferente. Como operadores jurídicos estamos forzados a adelantarnos de alguna manera al cambio y a considerar que no haremos bien si no reflexionamos acerca de cuál es la mejor fórmula para gestionar los conflictos de nuestros clientes<sup>2</sup>.

Hagamos una apuesta por promover la mediación como uno de los sistemas adecuados de resolución de conflictos, partiendo de la premisa de que su desarrollo contribuye al pleno derecho al acceso a la justicia y no como una simple herramienta para descargar de trabajo al sistema judicial tradicional<sup>3</sup>.

Acudir a la mediación es una primera oportunidad para buscar una solución adecuada para cada uno de nuestros conflictos. La mediación no impide, ni perjudica en modo alguno acudir posteriormente al arbitraje o al procedimiento judicial. La complejidad de las soluciones que se pueden alcanzar y la mayor facilidad para su ejecución se complementan además con el menor tiempo que se emplea en el proceso de mediación. Es un procedimiento voluntario con garantías de imparcialidad entre las partes en la que la intervención de cada una de las partes y sus abogados es determinante para alcanzar un acuerdo adecuado a los intereses de todas ellas.

A mayor abundamiento, la mediación contribuye al necesario mantenimiento de las relaciones comerciales, lo que resulta imprescindible actualmente. Es un método que nos permite resolver la disputa apartándose de un enfoque estrictamente jurídico y, a veces, muy incierto.

La mediación nos ofrece la oportunidad de estar asistidos por un profesional formado, específica y extensamente, en técnicas y habilidades que facilitan que las partes puedan encontrar un acuerdo. Expertos formados, con experiencia acreditada en gestionar acuerdos, que desarrollan su función con un método estructurado, profesional y testado que beneficia

la posibilidad de que las partes alcancen por sí mismas un acuerdo.

El mediador ayuda a las partes a desbloquear la situación. Su papel no es decidir, no es confrontar, sino gestionar el conflicto. Y no confundamos, no es una cuestión *hippie* de resolver el conflicto, sino que el tercero neutral, con técnicas específicas de comunicación, y de gestión y de planificación, ayuda a las partes: (i) primeramente, a deconstruir el problema y (ii) seguidamente, a construir la solución, con flexibilidad y con el objetivo de que las partes alcancen un acuerdo que sea ajustado a sus necesidades.

Y todo ello el experto lo hace apoderado por las partes, con un mandato expreso por parte de ellas para que les ayude a gestionar su conflicto. Mandato que se acaba cuando las partes quieren que se acabe. Las partes son siempre dueñas de todo el proceso, que es estrictamente confidencial: son dueñas al empezar, son dueñas durante el propio proceso y son dueñas para su conclusión en cualquier momento, con o sin acuerdo.

Y todo ello la persona mediadora lo plantea con una estrategia de solución que tiene en cuenta: (i) el mantenimiento de las relaciones comerciales; (ii) el control del riesgo reputacional y (iii) que las partes puedan siempre controlar el resultado.

En un escenario de promoción de la mediación comercial como herramienta para la gestión de acuerdos, nos encontramos ante un horizonte de obligado –esperemos que por poco tiempo– distanciamiento social que nos fuerza asumir la utilización de las nuevas tecnologías en los procedimientos de resolución de conflictos. Este mundo no es ajeno a la mediación. De ahí que llevemos un tiempo descubriendo algunas de las virtudes de la medición en remoto y haciendo, por tanto, de la necesidad virtud<sup>4</sup>.

Dedicaremos las siguientes páginas a analizar las oportunidades y retos que presenta el procedimiento de mediación comercial en remoto, centrándonos en el comportamiento por el que se han de guiar los sujetos involucrados para garantizar y amparar los derechos a un procedimiento que respete los principios informadores de la mediación comercial y que, a su vez, contribuya al éxito del propio procedimiento de mediación.

Las sesiones de mediación con presencia física volverán, pero, sin duda, se combinarán con algún elemento en remoto. No hay marcha atrás; las sesiones de mediación en remoto han venido para quedarse y debemos aprovecharnos de la tecnología para sacarle el máximo partido<sup>5</sup>.

## **I. LA MEDIACIÓN EN REMOTO: SUS PRINCIPIOS INFORMADORES**

### **1. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA ANALIZADA EN ESTE TRABAJO**

Analizar la mediación comercial en remoto es un tema de absoluta actualidad. Tratar esta cuestión ahora no es simplemente una cuestión vinculada con la modernización y ampliación de las vías de acceso a la justicia<sup>6</sup>, sino que tiene que ver con una necesidad impuesta por el obligado distanciamiento social que nos afecta a todos, independientemente del lugar donde nos encontremos.

Resulta necesario acotar inicialmente el alcance de este documento: Cuestiones prácticas de la mediación en remoto.

En este trabajo nos referiremos a los procedimientos de mediación comercial que incluyen tecnología cuando ésta afecta al modo en que interactúan los sujetos involucrados en la misma porque, total o parcialmente, el procedimiento se lleva a cabo en remoto<sup>7</sup>. A esta mediación se le ha calificado también como mediación electrónica<sup>8</sup>.

Particularmente, nos referiremos a aquellos procedimientos de mediación comercial

caracterizados fundamentalmente por (i) el envío telemático de correos electrónicos entre las partes y el mediador, y por (ii) la celebración de la sesión o sesiones de mediación por videoconferencia, en salas virtuales, con la presencia de la persona mediadora y entre sujetos que sí han tenido una relación previa al surgimiento de la controversia. A los efectos de este trabajo, este procedimiento lo denominaremos “mediación en remoto”.

No será objeto de análisis la mediación electrónica<sup>9</sup> en la que no hay una comunicación presencial entre las partes y el mediador, ni la mediación automatizada<sup>10</sup>. Tampoco entra en el alcance de este trabajo el uso de inteligencia artificial en mediación<sup>11</sup>.

## **2. EL BENEFICIO DEL USO DE LA MEDIACIÓN EN REMOTO Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA INSTITUCIÓN EN LA MEDIACIÓN EN REMOTO**

Los beneficios del uso de la mediación en remoto son evidentes: ahorro de tiempo y coste, accesibilidad, conveniencia<sup>12</sup>, así como la posibilidad de interactuar de manera asincrónica, esto es, la mediación en remoto le ofrece al mediador la posibilidad de utilizar mensajería electrónica, lo que dificulta la inmediatez de la comunicación pero favorece la reflexión y la desescalada del conflicto<sup>13</sup>.

La mediación en remoto tiene respaldo en la normativa española<sup>14</sup> y debe gozar de las mismas garantías exigibles al modelo presencial de mediación.

Por tanto, como operadores jurídicos involucrados en una mediación comercial debemos asegurarnos de que son respetados los principios informadores que rigen la institución de mediación respecto del proceso, las partes y el mediador; esto es: voluntariedad, lealtad, buena fe y respeto mutuo, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y formación del mediador, y flexibilidad del proceso<sup>15</sup>.

Una primera cuestión que nos surge es la de los requisitos legales que se han de cumplir para que podamos hablar de mediación en remoto bajo ley española. Para responder a la primera cuestión, bastará con que se utilice un medio electrónico que garantice la identidad de los intervinientes y cumplir con los preceptos generales de la Ley 5/2012, Leyes 15/1999, 34/2002 y 59/2003, relativos a la institución de mediación<sup>16</sup>.

Seguidamente, nos podríamos preguntar si en una mediación comercial en remoto cabe garantizar el cumplimiento de los principios inspiradores generales de la institución de mediación. No hay duda de que cabe, sino que es una obligación inherente a la misma el hacerlo. De hecho, el riesgo para el futuro de la mediación comercial en España de no adaptarse a los tiempos y no introducir la tecnología para celebrar mediaciones en remoto es muy alto<sup>17</sup>. Aunque la tecnología que se necesita para cumplir con los requisitos exigibles a una mediación en remoto es sencilla, las características particulares de la mediación comercial en remoto exigen que sea necesario prestar más atención, si cabe, al cumplimiento de las garantías debidas<sup>18</sup>.

A continuación, trataremos de responder a otras cuestiones relativas a las fases de una mediación en remoto y a qué deben hacer los sujetos involucrados en cada etapa de un procedimiento de mediación comercial en remoto para respetar el cumplimiento de las garantías debidas y sacar el máximo provecho de un proceso de mediación en remoto.

## **II. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE UN PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN REMOTO ADMINISTRADO POR UNA INSTITUCIÓN DE MEDIACIÓN. EL PAPEL RELEVANTE DE LA INSTITUCIÓN ADMINISTRADORA DE LA MEDIACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO EN REMOTO**

En relación con este punto, es conveniente repasar, brevemente, cuáles son las características básicas de un procedimiento de mediación en remoto iniciado ante una institución de mediación<sup>19</sup>:

i) La mediación se inicia, individualmente o por acuerdo de todas las partes involucradas, mediante la presentación ante la institución de mediación correspondiente de una solicitud normalmente online, recogida en un formulario web de la propia institución con o sin certificación de identidad digital. Cabría también presentar un escrito *tradicional* dirigido a la secretaría de la corte que administra la mediación.

ii) Tras la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, la institución de mediación correspondiente cumplirá con las formalidades necesarias previstas en sus normas de funcionamiento hasta la designación de la persona mediadora<sup>20</sup>.

iii) La persona mediadora mantendrá una sesión virtual informativa en la que dará cuenta a los sujetos involucrados de las características principales del proceso de mediación, al igual que lo haría en una mediación presencial. En este punto, el papel de la persona mediadora y su preparación para llevar a cabo el proceso en remoto es vital para el desarrollo de la mediación con éxito. Sobre este punto nos extenderemos más adelante.

iv) Esta sesión informativa puede venir seguida, si así lo desean las partes involucradas para acelerar el procedimiento, de la celebración de la sesión constitutiva de la mediación, en la que la persona mediadora hace constar la identificación de las partes, del mediador, el sistema de acreditación de identidad y firma digital convenido, el objeto del proceso de mediación, un programa de actuación tentativo en su duración, el coste de las sesiones y su forma de pago, la declaración de aceptación voluntaria, el lugar, lengua en que se desarrolla el procedimiento y la grabación de estas sesiones en vídeo, si así lo aceptan las partes<sup>21</sup>.

v) A partir de entonces, se desarrollará el procedimiento de mediación propiamente dicho, según lo pactado entre las partes, a través de las sesiones en remoto, asincrónicas o sincrónicas, individuales o conjuntas, que sean necesarias hasta su finalización. Y aquí es cuando los sujetos involucrados en la mediación comercial en remoto juegan su papel fundamental; un rol que coadyuvará a que la mediación sea un éxito o, por el contrario, un fracaso.

vi) La última fase será la finalización del procedimiento que podrá darse por cualquiera de las formas previstas legalmente.

Ya sabemos las ventajas que tiene la mediación y, particularmente las que se celebran en remoto por la evitación de costes y tiempo de viaje. Además, debemos destacar que la mediación en remoto no solo se adapta a las circunstancias actuales en las que no es posible o no es recomendable reunirse presencialmente, sino porque contribuye a enfriar los ánimos y centrarse más en los intereses que en las posiciones. De cómo diseñe el mediador el proceso de mediación, en comunión con las partes, se podrán obtener importantes beneficios para el desarrollo del propio proceso.

Sin embargo, también conocemos los desafíos que plantea la mediación comercial en remoto: se requiere más preparación por parte de todos los sujetos involucrados, puede haber interrupciones por culpa de problemas tecnológicos, se puede demorar, es posible que los sujetos involucrados se fatiguen antes y puede existir el riesgo de que las partes se acomoden por el hecho de no estar cara a cara y eso perjudique el necesario empuje para acabar cerrando un acuerdo.

Estos desafíos tienen que ver con los principios informadores de la institución de la mediación que tienen que ser siempre garantizados. De hecho, la confianza en la mediación como mecanismo adecuado de resolución de conflictos tiene que ver con el respeto por todos los involucrados en un procedimiento de mediación.

En mi experiencia, cómo arrancar la mediación y cómo generar confianza para nosotros mismos y nuestros clientes en el propio procedimiento de mediación es una de las cuestiones

que más nos preocupan. Por ello, nos preguntamos qué necesitamos y que exigen nuestros clientes en un entorno virtual. Básicamente, estemos en un entorno virtual o presencial, los operadores jurídicos pedimos: transparencia, seguridad y confianza en la institución administradora y en la persona mediadora.

Y aquí es donde surge el papel fundamental de un Centro de Mediación, si se ha constituido y mantiene como centro transparente y puramente tecnológico<sup>22</sup>. La transparencia y la tecnología ayudarán a todos los sujetos involucrados en la tramitación y buen funcionamiento del procedimiento de mediación, generando confianza en el procedimiento, de principio a fin.

Y esa confianza es la que necesitan los sujetos involucrados para dar el paso de iniciar una mediación y de transitar, en algunos casos, desde la sesión informativa a la sesión constitutiva: (i) transparencia en las normas reguladoras de la designación de la persona mediadora; (ii) transparencia en los costes de la mediación y (iii) transparencia en las normas reguladoras del procedimiento de mediación. Un centro que genere confianza en sus profesionales y en el cumplimiento de las garantías básicas de un proceso de mediación<sup>23</sup>.

Y a la vista de lo anterior, surge la última pregunta que intentaremos responder en este artículo: ¿podemos dar una guía a la que puedan sujetarse los operadores involucrados en el procedimiento de mediación comercial en remoto para que la mediación en remoto se encamine hacia el éxito?

Seguidamente, desarrollaremos, desde un punto de vista eminentemente práctico, cómo deben actuar los sujetos involucrados en el proceso de mediación en remoto para garantizar el cumplimiento de los principios inspiradores de la institución y contribuir al éxito del propio proceso de mediación y al resultado del mismo.

## **V. GARANTÍAS PARA UNA MEDIACIÓN EN REMOTO DE ÉXITO: GUÍA PRÁCTICA PARA LA MEDIACIÓN EN REMOTO**

### **1. GUÍA PRÁCTICA: CÓMO INICIAR EL PROCESO PARA REFORZAR LOS PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD DEL MEDIADOR. EL USO DE LA PLATAFORMA Y SU IMPACTO EN EL ARRANQUE DEL PROCESO**

La LM en su art. 3 impone a las partes el deber de “prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad”. Este deber de colaboración con el mediador es reflejo de los principios de lealtad y buena fe, y respeto mutuo consagrados en el art. 10.2.º a LM<sup>24</sup>.

Estos principios que afectan a toda persona interviniente están muy vinculados con el principio de confidencialidad. Es contrario a la buena fe, al respeto mutuo y a la lealtad pretender servirse del propio proceso de mediación para traicionar la confianza del otro, perjudicar sus derechos o beneficiarse de la información o documentación obtenida de la misma.

El principio de buena fe, lealtad y respeto mutuo ha de ser vigilado en una mediación en remoto, de tal manera que se garantice, entre otros, la identidad de los intervinientes en el proceso<sup>25</sup>.

En buena medida, el cumplimiento de los principios de colaboración y flexibilidad del proceso –junto con los de lealtad y buena fe– garantizará el éxito del proceso en sí mismo. Aunque cada mediación es única y los asesores externos del cliente deben preocuparse y asegurarse de lo que más conviene a su cliente, a nadie se le escapa que un proceso de mediación en remoto es exigente incluso para el más experimentado.

La confidencialidad es uno de los pilares básicos de la mediación<sup>26</sup>. La LM en su art. 9 se

refiere a la obligación de confidencialidad determinando que resulta confidencial el procedimiento en sí mismo y la documentación utilizada y que esta obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes en la mediación.

De este principio se deriva que ninguno de los intervinientes en el procedimiento de mediación puede ser llamado a declarar o revelar la información que ha obtenido derivada del procedimiento de mediación, ni aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada del mismo<sup>27</sup>. Todo ello sin perjuicio de las excepciones previstas en el propio art. 9 LM<sup>28</sup>.

Es en este punto donde surgen ciertas dudas y temores de los intervinientes en el proceso de mediación cuando se acercan a una mediación en remoto. El medio en el que se celebra la mediación, la utilización de medios electrónicos genera ciertas inquietudes por el impacto que puede tener en la seguridad y confidencialidad de la información y documentación que se comparte.

En España, se impone al mediador y, en su caso, a la institución de mediación la obligación de habilitar los mecanismos necesarios para garantizar a las partes la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos utilizados, así como la privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones, la confidencialidad en todas las fases del procedimiento y asegurará el cumplimiento de las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal cuando se haya contratado con un proveedor de servicios electrónicos. Es más, la norma dispone que salvo manifestación expresa y por escrito en contrario, todo documento y comunicación enviada por este medio será confidencial<sup>29</sup>.

De todo lo anterior, se deriva la obligación de que mediadores e instituciones administradoras de mediación dispongan de unos procedimientos técnicos que garanticen la seguridad de la información y documentación intercambiada, de manera tal que solo puedan tener acceso a la misma quien la necesite para el ordenado desarrollo del procedimiento<sup>30</sup>.

El propósito de este trabajo no es desarrollar qué medidas de protección es necesario implementar para limitar los riesgos inherentes a la comunicación electrónica, ni cuestionarse otros riesgos presentes en la mediación electrónica realizada a través de inteligencia artificial<sup>31</sup>, sino llamar la atención sobre las medidas que pueden ser desarrolladas por el mediador y la institución de mediación para proteger la mediación en remoto y llamar la atención sobre el papel muy relevante que tiene la institución de mediación en las mediaciones en remoto para garantía de la sacrosanta confidencialidad.

Además, el procedimiento de mediación en remoto debe estar presidido por un principio de voluntariedad y autonomía de las partes idéntico al que preside la mediación presencial<sup>32</sup>. Las partes deciden cuándo, cómo y hasta qué momento participan en un procedimiento de mediación en remoto. Las partes no ceden en ningún momento su capacidad de autonomía y decisión sobre ninguna cuestión acerca del proceso, ni de la solución al conflicto<sup>33</sup>.

La LM impone la obligación de que el mediador sea imparcial y que conduzca la mediación con neutralidad<sup>34</sup>. La imparcialidad del mediador y la neutralidad en su intervención es una garantía básica y fundamental del procedimiento de mediación<sup>35</sup>. Sin imparcialidad no hay igualdad entre las partes y sin imparcialidad no hay respeto por el debido proceso<sup>36</sup>.

Cómo arrancar la mediación y cómo generar confianza en una mediación en remoto es una pieza clave para el éxito del procedimiento. Como asesores externos de nuestros clientes en una mediación en remoto pedimos básicamente: transparencia, seguridad y confianza en la institución administradora y en la persona mediadora.

Por ello, la persona mediadora debe garantizar siempre que las partes intervinientes tengan

plena igualdad de oportunidades y que se mantenga el equilibrio entre ellas, sin que su actuación pueda conllevar –si quiera mínimamente– a favorecer a una de las partes sobre la otra.

La imparcialidad y neutralidad del mediador son sus mejores herramientas para generar confianza a las partes en el propio procedimiento y en su propia actuación. Sin confianza, la mediación fracasará. Si esta cuestión es vital en una mediación presencial, lo es aún más en una mediación que se celebra en remoto.

Para generar confianza tanto en el proceso como en sí mismo, la persona mediadora debe emplear cierto tiempo inicial en explicar cuáles son las reglas básicas de la institución y el propio proceso, por ejemplo, cómo se van a comunicar con él, con qué tecnología, si exclusivamente a través de él o también con el resto de sujetos involucrados<sup>37</sup>.

¿Cómo generar confianza en una mediación en remoto? La persona mediadora y la institución de mediación deben ser transparentes y generar confianza. Para ello, entre otros y según corresponda, deben asegurarse de los siguientes extremos:

- i) No existe ninguna normativa nacional que afecte a la validez o eficacia del resultado que se alcance en el proceso de mediación llevado a cabo de forma remota;
- ii) Se ha registrado en un acta el consentimiento de todos los intervinientes para llevar a cabo la mediación en remoto;
- iii) Se ha acordado quiénes intervendrán en las sesiones de mediación en remoto y se verifica tal circunstancia de manera continua, con claro refuerzo de la privacidad necesaria para cada una de las partes, facilitando y preservando que cada una de ellas cuente con un espacio propio en remoto para el seguimiento de las sesiones individuales de mediación;
- iv) Se ha informado a las partes involucradas que puede haber un incremento de tiempo como consecuencia de celebrar las sesiones de mediación;
- v) La institución de mediación y la persona mediadora designada deben estar familiarizadas con la tecnología requerida para llevar a cabo la mediación en remoto. En este punto resulta conveniente tener una primera conversación con la persona mediadora y la institución de mediación para comprobar que la tecnología funcionará correctamente;
- vi) Las partes han acordado la plataforma a través de la cual se celebrarán las sesiones de mediación en remoto<sup>38</sup> y el procedimiento para la transferencia y el almacenamiento de la documentación, así como cualquier exigencia que puedan tener las partes en materia de ciberseguridad.

En el siguiente apartado profundizaremos sobre las funciones esenciales y opcionales del equipo y de la plataforma con la que se debe celebrar la mediación en remoto.

## 2. GUÍA PRÁCTICA: RECOMENDACIONES SOBRE LAS FUNCIONES ESENCIALES Y OPTATIVAS DEL EQUIPO Y DE LA PLATAFORMA EN LA QUE SE CELEBRARÁ LA MEDIACIÓN EN REMOTO

Como decíamos previamente, para una mediación en remoto con éxito es conveniente que los sujetos involucrados en ella tomen en consideración ciertos extremos. Entre otros extremos, será conveniente que comprueben ciertas funciones del equipo y de la plataforma con la que llevarán a cabo la mediación en remoto<sup>39</sup>:

(i) *Recomendación sobre las funciones esenciales del equipo*: será necesario que el software, las conexiones telefónicas y de internet se hayan probado con anterioridad y tengan una calidad audiovisual suficiente.

Una institución mediadora que proporcione una buena plataforma para las celebraciones de

mediaciones en línea y en remoto es muy aconsejable. La oportunidad de que cada sujeto involucrado en el procedimiento de mediación, de manera individual, segura y confidencial, pueda disponer de una carpeta con archivos y recursos accesibles puede ser muy útil y simplificar la tarea, entre otros, del mediador. Ni que decir tiene que las posibilidades para el mediador aumentan exponencialmente si la plataforma ofrece un sistema de inteligencia artificial<sup>40</sup>, hasta tal extremo que a la tecnología se le ha llegado a denominar la “cuarta parte” en la mediación<sup>41</sup>;

(ii) *Recomendaciones sobre las funciones opcionales del equipo*: entre las funciones opcionales del equipo, nuestra recomendación sería que todos los sujetos involucrados, si es posible, y en todo caso la persona mediadora contarán con los siguientes medios: a) Un micrófono separado, posiblemente con auriculares; b) una pantalla grande o doble, que le ayudará a ver documentos; c) un proveedor de servicios de videoconferencia con pantalla compartida y una función de pizarra blanca puede ayudar con los debates y hacer que la mediación se ejecute sin problemas; d) un lápiz que interactúe con su ordenador o table para poder utilizar la pizarra.

En este sentido, la institución de mediación y/o la persona mediadora será el anfitrión del proceso. Como buena práctica, la persona mediadora debe comprobar que ciertos puntos relacionados con la tecnología con antelación y solicitar a las partes que inicien sesión y prueben que pueden utilizar el sistema. Una manera de hacerlo es realizar las llamadas introductorias y/o de preparación utilizando la videoconferencia. Téngase en cuenta que la mayoría de los proveedores de servicios de videoconferencia requieren que el anfitrión u organizador tenga una cuenta de pago. Normalmente, los asistentes no necesitan tener una cuenta de pago y pueden registrarse y unirse a la mediación de forma gratuita; ahora puede ser necesario verificar que si las partes necesitan una previa aprobación del administrador para descargar el *software*.

Como recomendación práctica resulta muy importante que el proveedor de servicios de videoconferencia tenga las funciones de (i) sala de espera y (ii) salas de descanso. La sala de espera mantiene a todos los participantes en sus propias líneas separadas hasta que el mediador abre la llamada, de manera que los sujetos involucrados en el proceso no pueden ver o interactuar con el mediador, lo que garantiza que todos estén presentes en el momento en que se abre la llamada. Hay que tener en cuenta que esta función no permite que los participantes de la misma parte hablen entre sí. Todo el mundo se mantiene en una línea separada. Por su parte, la sala de descanso permite que cada parte tenga su propia sala virtual separada donde pueden discutir asuntos con el mediador o entre sí confidencialmente.

### 3. GUÍA PRÁCTICA: EL DISEÑO DEL PROCESO PARA LOGRAR UNA MEDIACIÓN EN REMOTO DE ÉXITO

Finalmente, creemos conveniente hacer alguna reflexión acerca de cómo ha de presentarse la persona mediadora y el resto de los sujetos involucrados ante una mediación en remoto.

Básicamente, nuestra recomendación es que se tenga en cuenta: (i) el fondo, (ii) la iluminación; (iii) el encuadre; (iv) que se dirija bien la mirada al centro de la pantalla; y que (v) haya una previa familiarización con la tecnología a utilizar.

Deberíamos asegurarnos de que los intervinientes tienen un fondo adecuadamente despersonalizado y de que se encuentran debidamente iluminados. Es importante que nos aseguremos de que vemos y nos ven adecuadamente para potenciar el contacto visual con la otra parte y con la persona mediadora.

Es importante también prestar atención a la duración de las sesiones y a las pausas que deben hacerse para descansar de la pantalla. Recomendamos que la persona mediadora organice un procedimiento para las salas de descanso para las partes. Deberíamos valorar



también si resultase conveniente celebrar las sesiones de mediación en diferentes días para evitar el cansancio propio del medio telemático.

Antes de la celebración de la sesión de mediación por medio telemático, resulta conveniente que las partes adelanten el máximo trabajo posible mediante el intercambio de documentación e información por medios telemáticos seguros. Se ha de prever el modo en que las partes pueden presentar algún documento adicional en las sesiones en remoto.

La persona mediadora deberá asegurarse el modo de celebrar sesiones conjuntas, tomando en consideración la posibilidad de silenciar micrófonos para evitar la interrupción entre las partes o la distracción por ruidos de fondo ajenos al procedimiento de mediación.

La persona mediadora debe aprovechar las ventajas que puede ofrecer un procedimiento en remoto, con interacción asíncrona, para prestar más atención a su propia conducta durante el proceso, a las necesidades emocionales que puedan tener las partes y a evitar cualquier conducción directiva que pueda poner en peligro su neutralidad, cumpliendo con lo previsto en el art. 21 de la LM en cuanto a una facilitación de la comunicación de modo “*igual y equilibrado*”.

La mediación en remoto puede contribuir a que los denominados *caucus* sean más flexibles y eficientes que en la mediación presencial. No solo permite que se tengan conversaciones privadas separadas simultáneamente a conversaciones de grupo, sino que de una manera sencilla la persona mediadora puede “*saltar*” de sala privada en sala privada rápidamente para conocer algún detalle que le resulte necesario, sin que ello suponga abandonar una conversación que discurre adecuadamente. Es más, la mediación en remoto permite evitar las largas esperas que desesperan a las partes y les hacen desconfiar sobre lo que está tratando o compartiendo la persona mediadora con la otra parte<sup>42</sup>.

Es conveniente acordar con anticipación cómo se van a conectar los participantes a la sesión de mediación y si podrán recibir comunicaciones electrónicas o telefónicas en sus dispositivos durante la celebración de las sesiones de mediación.

Evidentemente, estará prohibida la grabación y es necesario respetar los principios de privacidad y confidencialidad de la otra parte. A este respecto existe el peligro de que las partes tengan acceso o capturen la imagen y sonido con un propósito desleal. Ahora bien, este peligro no es exclusivo de la mediación en remoto sino también de la mediación presencial<sup>43</sup>. En aras de evitarlo, recomendamos la suscripción de un acuerdo específico de confidencialidad que regule estas cuestiones con carácter previo al inicio de la mediación.

Debemos tener preparado un plan alternativo por si la tecnología no funciona adecuadamente.

Finalmente, acordar de antemano cómo se ejecutará un acuerdo de mediación en caso de que sea alcanzado es importante. En nuestra experiencia es importante abordar la cuestión del acuerdo alcanzado en el seno del procedimiento de mediación para evitar “dejarlo para después” por los riesgos que el mismo tiene de que cualquiera de los sujetos involucrados se arrepienta o intente incorporar alguna cuestión extemporánea, no discutida o acordada durante la mediación. Las instituciones de mediación cuentan con un sistema específico para organizar la firma electrónica del mismo<sup>44</sup>.

Empecemos por una obviedad: La LM española exige que el acuerdo alcanzado en mediación adopte la forma escrita para que el mismo pueda ser configurado como título ejecutivo<sup>45</sup>. La forma escrita es un requisito inderogable para dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación.

De ahí que se recomiende que el acuerdo de mediación quede documentado –aunque sea mínimamente– en el acta final<sup>46</sup> y que las partes involucradas y el mediador no desfallezcan en los últimos momentos y propicien con su intervención y energía la posibilidad de que se

firme el acuerdo de mediación alcanzado de manera simultánea a la firma del acta final de la mediación.

Dicho lo anterior, al igual que en la mediación presencial, y sobre todo en los temas de naturaleza compleja, es frecuente que se firme el acta final que recoja los términos fundamentales del acuerdo alcanzado por las partes en el procedimiento de mediación y las obligaciones de cada una, y que las partes difieran para un momento ulterior la suscripción de un documento en el que recojan con el debido pormenor los términos de su acuerdo.

Esta solución –aunque frecuente– podría generar ciertas reservas sobre la posibilidad de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo si se introducen pactos adicionales a los acuerdos recogidos en el acta final de mediación ya que el art. 25 LM parece exigir al notario realice un control de legalidad positivo de manera tal que ha de verificar el acuerdo de mediación a la vista de las actas de la sesión constitutiva y del acta final. No es objeto de este trabajo analizar la regulación prevista en el art. 25 de la LM, ni las reservas que el mismo plantea en relación con este punto. En cualquier caso, adelantamos que su regulación es criticable y mejorable sobre todo si atendemos a la regulación que plantea el art. 4.2º. de la Convención de Singapur<sup>47</sup>.

En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, nuestra recomendación es que los sujetos involucrados reflexionen al inicio de la mediación en remoto sobre cómo abordar la firma del acuerdo en caso de que sea alcanzado. La firma electrónica, la posibilidad emplear programas “controlados” por la persona mediadora para la redacción conjunta de los acuerdos puede beneficiar este punto. Y, sin duda, contar con el apoyo de una institución de mediación que proporcione un sistema específico para organizar la firma electrónica del acuerdo alcanzado en mediación son elementos que contribuirán a despejar incertidumbres al inicio del propio proceso<sup>48</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

Este artículo comienza con una invitación a reflexionar sobre la situación actual y sobre la necesidad de afrontar los desafíos legales de una manera diferente. Como operadores jurídicos debemos involucrarnos en un asesoramiento preventivo al conflicto que parta de informar y aconsejar sobre el mecanismo adecuado para gestionarlo.

Hagamos una apuesta por promover la mediación como sistema adecuado de resolución de conflictos. Sabemos que la mediación es una forma sostenible, eficiente y rentable de resolver disputas.

La situación actual nos ha brindado la posibilidad de experimentar una nueva modalidad de mediación: la mediación en remoto. Esta mediación en remoto es accesible, altamente eficaz y respetuosa con el medio ambiente.

En este trabajo hemos dado unas pautas prácticas para que todos los sujetos involucrados desarrollen la mediación en remoto con garantías y con la mayor facilidad para que el propio proceso y su conclusión sea un éxito.

- 
1. M. Díaz Baños, “La mediación en remoto: cuestiones prácticas para hacer de la necesidad virtud”, *La Ley: Mediación y Arbitraje* n.º 5, enero–marzo 2021.
  2. M. Díaz Baños, “Covid-19: un acelerador de cambios en la gestión de conflictos”, *El Confidencial*, Blog FIDE, 2020.
  3. M. Caso Señal, “La mediación no es sólo una solución a la actual sobrecarga que sufren los Tribunales”, *Diario La Ley*, n.º 7046, Sección Tribuna, 2008.
  4. M. Díaz Baños, “La mediación en remoto: cuestiones prácticas...”, *loc. cit.*
  5. *Ibid.*
  6. R. Alzate Sáez De Heredia y E. Vázquez De Castro, *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, Instituto Complutense de Mediación y gestión de Conflictos, 2013, p. 90.
  7. F. Bueno De Mata, *Mediación online: ¿la mediación del futuro?*, *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Madrid,

Marcial Pons, 2011, p. 32.

8. L. Bujosa Vadell y D. Palomo Vélez, “Mediación electrónica: perspectiva europea”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 2, 2017, p. 56.
9. F. Bueno De Mata, “Mediación Electrónica e inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, n.º 1, Sección A Fondo, 2015.
10. Sobre mediación automatizada, *vid.* A. Montesinos García, *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*, Madrid, 2007, pp. 52 ss.
11. Sobre inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios, *vid.* F. Martín Diz, “Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)”, *La Ley: Mediación y arbitraje*, n.º 2, 2020, Sección Doctrina.
12. E. Vázquez de Castro, “Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 52, 2020.
13. Sobre el pensamiento intuitivo y reflexivo, *vid.* D. Khaneman, *Pensar rápido, pensar despacio* (trad. J. Chamorro Mielke), Barcelona, 2012, pp. 59–103.
14. Art. 5.2.º y 24 LM.
15. L. García Villaluenga, *La mediación a través de sus principios. reflexiones a La Luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf>, 2020).
16. O. Conforti, “Mediación electrónica (e-Mediación)”, *Diario La Ley*, n.º 8519, Sección Tribunal, 2015.
17. Sobre los riesgos de no introducir el elemento tecnológico en mediación, resulta ilustrativo A. Carrel y N. Ebner, “Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table”, *J. Dip. Res.*, 2019.
18. F. Martín Diz, “Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación”, *La Ley: Práctica de Tribunales*, n.º 98/99, Sección Estudios, 2012.
19. Por sus ventajas, nos referiremos a mediación administrada por una institución de mediación; en particular por el Centro de Mediación Fide (<https://cmfide.com/>).
20. Por todas, véanse las normas reguladoras del Centro de Mediación FIDE (CMFide) disponibles en: (<https://cmfide.com/>).
21. En aras de proteger la confidencialidad, no somos partidarios de autorizar la grabación de ninguna sesión.
22. *Vid.*, *v.gr.*, el Centro de Mediación (FIDE [www.cmfide.com](http://www.cmfide.com)).
23. M. Díaz Baños, Notas sobre la importancia de la mediación administrada extraída de la Ponencia celebrada el 4 de febrero de 2021 sobre “Obligatoriedad de la Sesión Informativa”, Fundación FIDE.
24. R. Rivera Morales, “Principios y garantías que deben regir la mediación electrónica”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 44, 2018.
25. F. Martín Diz, “Mediación electrónica...”, *loc. cit.*
26. Por todos, S.B. Vilar y J.M. Aroca, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson-Civitas, 2004.
27. R. Pérez Gurrea, “Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, pp. 194–223. Disponible en (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468971>).
28. “a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.
29. Art. 31.1.º del Reglamento, promulgado por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
30. F. Ramón Fernández, “La Mediación Electrónica, La Confidencialidad Y La Protección De Datos De Carácter Personal (The Electronic Mediation, the Confidentiality and Protection of Personal Data)”, *Indret*, 3, 2014. En el mismo sentido, J. R. Ortega Hernández, *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos*, J. M. Bosch, 2019.
31. Sobre mediación electrónica e inteligencia artificial, *vid.* F. B. de Mata, “Mediación electrónica e inteligencia artificial”, *Actualidad civil*, (1), 10, 2015.
32. Sobre el principio de voluntariedad, *vid.* J. C. Ortiz Pradillo, “Análisis de los Principios Informadores de la Mediación en materia Civil y Mercantil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2135, 2011.
33. No es objeto de este trabajo analizar la obligatoriedad de la mediación. En cualquier caso, la imposición de obligatoriedad de acudir a un proceso de mediación como requisito de procedibilidad no perjudicaría el principio de voluntariedad en el sentido de que las partes no estarían obligados a transar su controversia.
34. Art. 7, 8 y 13 LM.
35. J. C. Ortiz Pradillo, “Análisis de los principios informadores de la Mediación...”, *loc. cit.*, Sobre la neutralidad, *vid.* G. Rodríguez, “Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 1, Universidad de Barcelona, 2011, pp. 151–157.
36. En relación con la imparcialidad exigible a los órganos judiciales se ha pronunciado M. C. Calvo Sánchez, *Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 23–24.
37. R. Alzate Sáez De Heredia y E. Vázquez De Castro, *Resolución de Disputas en Línea*, *op. cit.*, pp. 55–59.
38. La administración de la mediación por una institución como CMFide garantiza el uso de la plataforma, su seguridad y que los sujetos involucrados no tengan que pagar ningún *fee* adicional por la utilización de la plataforma.
39. Notas extraídas de “A Guide to Online Mediation for Barristers, Solicitors and Clients” publicada por *Centre for Effective Dispute Resolution*, disponible en ([www.cedr.com](http://www.cedr.com)).
40. Sobre los avances en inteligencia artificial y mediaciones en línea, puede verse *vid.*: D. Carneiro, P.J. Novais, J. Neves, “Using genetic algorithms to create solutions for conflict resolution”, *Neurocomputing* 109, 2013, pp. 16–26. D. Carneiro, J. Neves, F.

Andrade, J. Zeleznikow, “Using case-based reasoning and principled negotiation to provide decisión support for dispute resolution”, *Knowl Inf Syst*, 2013, pp. 789-826 y “Online Dispute Resolution: an artificial intelligence perspective”, *Artif. Intell. Rev.*, 41, 2014, pp. 211-240.

41. D. Larson, “Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator”, *Ohio State J. Dip. Res.*, vol. 25, n.º 1, 2010; A Lodder, “The Third Party and Beyond. An Analysis of the Different Parties, in Particular The Fifth”, *Involved in Online Dispute Resolution*, vol. 15, n.º 2 (Information and Communications Technology Law), 2006, p. 144.
42. E. Vázquez de Castro, “Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 52, 2020.
43. El compromiso de confidencialidad firmado por las partes y el mediador abre la vía de la responsabilidad civil en caso de incumplimiento.
44. Algunas de estas notas están extraídas de *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*, CIArb.
45. Art. 25.1.º II LM.
46. Art. 22.3.º LM.
47. Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, Convención de Singapur sobre la Mediación, Nueva York, 2018.
48. Algunas de estas notas están extraídas de *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*, CIArb.

No copyright found.