

LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Rafael García del Poyo

Abogado
Socio responsable del departamento de Digital Business en Madrid de Osborne Clarke

RESUMEN

La mediación es un procedimiento no vinculante en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar la controversia.

La flexibilidad es el eje vertebrador y nota característica del funcionamiento de la mediación, la cual no podría entenderse sin la participación de las nuevas tecnologías cuyo fin es facilitar el contacto entre las partes y con el mediador, así como la realización de un procedimiento ágil y rápido en el que no sea necesaria la presencia física de las partes.

Las prácticas de E-commerce han ido en aumento gracias al uso de las nuevas tecnologías, y en especial de Internet, a lo largo de los últimos años. Ello ha provocado un mayor número de transacciones, con el consecuente incremento de conflictos que surgen con motivo de estas nuevas relaciones.

Todo ello ha provocado la incipiente necesidad de establecer medios eficaces de resolución de conflictos que funcionen de manera consecuente con la celeridad buscada por las partes cuando utilizan tecnologías de la información.

Mediante la Ley de Mediación, el legislador ha venido a dotar de mayor relevancia y de un marco jurídico a la mediación electrónica. No obstante, es necesaria una profunda revisión de toda la normativa conexas.

Rafael García del Poyo

El verdadero problema que nos encontramos a la hora de profundizar en el tema radica en la inexistencia de una legislación internacional sobre la materia lo suficientemente desarrollada como para servir de verdadera ayuda a la hora de resolver las controversias surgidas en el ámbito de las TIC y, en especial, del comercio electrónico de una manera armonizada.

Al objeto de valorar su éxito debe esperarse una evolución de los mecanismos de mediación electrónica así como de la eficacia y la confianza que tanto las empresas tecnológicas como cualquier otro operador económico encuentran en este método alternativo de resolución de conflictos.

Palabras clave: *Mediación, proceso, métodos alternativos, resolución de conflictos, tecnologías de la información, internet, comercio electrónico.*

ABSTRACT

Mediation is a non-binding process in which a neutral third party, the mediator, helps the parties to resolve the dispute.

Flexibility is the backbone of this process and the characteristic note of mediation, which cannot be understood without the participation of new technologies designed to facilitate contact between the parties and the mediator, and the performance of flexible procedures faster than the necessary physical presence of the parties.

E-commerce practices have increased through the use of new technologies, particularly the Internet, over recent years. This has led to a greater number of transactions with the consequent increase of conflicts that arise as a result of these new interactions.

This has led to the emerging need of establishing effective means of conflict resolution to work consistently with the speed sought by the parties at the time of using the information technologies.

With the Spanish Act of Mediation, the legislator has come to give more relevance and a legal framework for electronic mediation. However, we need a thorough review of all related legislation.

When delving into the referred issue the real problem that is encountered lies in the lack of international legislation on the matter sufficiently developed to serve as a real help in resolving disputes arising in the field of ICT and, in particular, in electronic commerce in a harmonized way.

In order to assess greater success of electronic mediation we should expect an evolution of electronic mediation mechanisms as well as in the effectiveness and confidence that both technology companies and traders place in this alternative method of dispute resolution.

Key words: *Mediation process, alternative methods, dispute resolution, information technologies, internet, electronic commerce.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR DE LAS TIC.
3. LA MEDIACIÓN REALIZADA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.
4. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA.
5. OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. EL ARBITRAJE ELECTRÓNICO.
6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual considera que la mediación es «*un procedimiento no vinculante en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar la controversia*»¹. De la citada definición de mediación puede desprenderse que el mediador deberá disponer de los medios pertinentes, incluidos los tecnológicos, para ayudar a las partes a dirimir sus controversias. Este parece ser el espíritu que desea trasladar la propia 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 mercantiles² (norma que viene a transponerse al ordenamiento interno mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles —«**Ley de Mediación**»—), al indicar en uno de sus considerandos que «*la presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación*»³.

La flexibilidad⁴ es el eje vertebrador y nota característica del funcionamiento de la mediación, dado que dota, entre otros, de los siguientes beneficios a las partes: (i) el respeto a la autonomía de la voluntad permitiendo que el acuerdo alcanzado tenga la consideración de título ejecutivo mediante la elevación del mismo a escritura pública; y (ii) la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo, esto es, que prevalezca lo que hayan dispuesto las partes en el contrato al régimen general y coercitivo que pueda prever la ley en el ámbito de la regulación de las relaciones mercantiles. La precitada flexibilidad no podría entenderse sin la participación de las nuevas tecnologías, cuyo fin es facilitar el contacto entre las partes y con el mediador, así como la realización de un procedimiento ágil y rápido en el que no sea necesaria la presencia física de las partes, cuestión ésta que será el objeto principal de análisis del presente capítulo.

En la actualidad resulta claro que modelos como la mediación establecen los medios necesarios para la resolución extrajudicial de conflictos entre empresas tecnológicas y sus clientes, así como entre proveedores de servicios y contenidos en Internet y los consumidores.

¹ Vid. *Guía de la Mediación de la OMPI*.

² Esta Directiva es el resultado del «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil» presentado en el año 2002 por la Comisión Europea y del «Código de Conducta Europeo para Mediadores» redactado en octubre de 2004.

³ Vid. Considerando Noveno de la Directiva 2008/52/CE.

⁴ Vid. Exposición de Motivos de la Ley de Mediación.

Para poder entender las ventajas de la mediación sobre un procedimiento judicial ordinario resulta relevante reflexionar, entre otras cuestiones, sobre las siguientes dificultades ante las que se tiene que enfrentar un juez a la hora de dirimir las controversias sobre cuestiones relacionadas con el mundo tecnológico:

- Las empresas tecnológicas utilizan un clausulado complejo y extremadamente técnico, basado en un sistema de *common law* muy centrado en la utilización de gran cantidad de términos y definiciones otorgados al contrato, como consecuencia de la tipología de servicios prestados a sus clientes.
- Los jueces tienen en la actualidad gran dificultad para interpretar los citados contratos, como consecuencia, en muchos casos, de la falta de regulación legal, así como de la dificultad de entender y/o comprender la relevancia de obligaciones que puedan ser incluidas en los mismos. Este punto es capital en el entendimiento de las ventajas del arbitraje y la mediación, puesto que en estos supuestos el árbitro y/o mediador pueden ser reputados expertos del sector, cuyos conocimientos tecnológicos le faciliten y le otorguen una perspectiva privilegiada para el entendimiento y la resolución de este tipo de conflictos.
- Otro de los problemas en los que nos encontramos es el de la ley aplicable y la jurisdicción competente, principalmente en contratos suscritos entre empresas en las que ninguna ostente la posición de consumidor (comúnmente definidas como relaciones «B2B»⁵).
- No debemos olvidar asimismo, los costes y la dilación temporal que supone un procedimiento judicial, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje y la mediación.

A nadie se le escapa que, por ejemplo, las prácticas de E-commerce han ido en aumento gracias al uso de las nuevas tecnologías, y en especial de Internet, a lo largo de los últimos años. Ello ha provocado un mayor número de transacciones entre empresas B2B, con el consecuente incremento de conflictos que surgen con motivo de estas nuevas relaciones. En este sentido, cabe destacar que en el B2B, los tipos de conflicto más frecuentes suelen versar sobre la calidad de los productos, la fecha de entrega, los errores en los precios de la compra o la existencia de desperfectos.

Hay que tener en cuenta que la Unión Europea le otorga una gran importancia al sector del comercio electrónico. Cabe recordar que entre los objetivos de la

⁵ Acrónimo inglés de «Business to Business».

Rafael García del Poyo

Agenda Digital Europea se encuentran entre otros el de la promoción del comercio electrónico, hasta el punto de que un 50% de la población deberá efectuar compras en línea, un 20% deberá realizar compras transfronterizas y un 33% de las PYME deberán efectuar compras o ventas de manera electrónica, y todo ello para 2015.

Todo ello ha provocado la incipiente necesidad, en el ámbito de la contratación electrónica, de establecer medios eficaces de resolución de conflictos que funcionen de manera consecuente con la celeridad buscada por las partes a la hora de recurrir al E-commerce. Dicho mecanismo permitiría a las partes olvidar la incertidumbre que surge en caso de un posible conflicto entre ellas. El incremento de transacciones perfeccionadas a través de mecanismos de comercio electrónico exige que uno de los pilares fundamentales del mismo sea la existencia de un método de solución de conflictos al que pudieran las partes recurrir sin apartarse del ámbito electrónico en que han decidido establecer sus relaciones comerciales.

2. LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR DE LAS TIC

Tal y como señalábamos con anterioridad, un procedimiento judicial en el que concurren elementos internacionales —como suele ser común en el ámbito tecnológico del *Cloud Computing* por ejemplo— puede extenderse durante años, resultar extremadamente complejo, y, además, comportar costes elevados. De ahí que, a menudo, aquellos contratos mercantiles más modernos y avanzados prevean la posibilidad de optar por alguno de métodos más comunes para la resolución de conflictos sin llegar a juicio: la negociación, la mediación y el arbitraje.

En la actualidad, se están tomando una serie de medidas en el ámbito internacional para conseguir que la mediación se establezca como un método de resolución de conflictos realmente efectivo para las empresas independientemente de su tamaño, pues además de ofrecer una serie de ventajas respecto a la vía judicial ordinaria, puede evitar a las partes el sometimiento a jurisdicciones extranjeras que puedan ser totalmente desconocidas. De ahí que la fase de negociación de los contratos se presente como el momento ideal para fijar el compromiso de sometimiento a un sistema de mediación ante una posible controversia futura. Y es que, en ese momento, las partes están imbuidas por una firme voluntad de acuerdo y un sentido de mutua ganancia.

3. LA MEDIACIÓN REALIZADA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Una de las principales novedades introducidas por el artículo 24 de la Ley de Mediación es la de que las actuaciones del procedimiento de mediación puedan llevarse a cabo a través de medios electrónicos. Así, en su apartado 1, el citado artículo dispone que *«las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley»*.

El legislador, tal y como suele ocurrir, en este tipo de situaciones ha dejado tremendamente abierta la posible interpretación del presente artículo por parte del mediador como de las partes. La principal dificultad estriba, por lo tanto, en delimitar dos aspectos capitales, como son los medios que pueden ser utilizados más allá de la videoconferencia y el modo en el cual se puede garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación.

A lo largo de los siguientes apartados venimos a analizar en detalle alguno de los requisitos que han de ser satisfechos para que la mediación a través de medios electrónicos dé pleno cumplimiento a las disposiciones de la Ley de Mediación.

- a) *Medios electrónicos existentes en el mercado que pueden ser utilizados en los procedimientos de mediación y garantía de la identidad de los intervinientes.*

Es claro que en la actualidad existen diversos medios electrónicos tanto sólo de voz como de voz e imagen que permiten a las partes de un procedimiento de mediación o a un mediador ponerse en contacto de manera rápida y sencilla. No obstante, resulte relevante distinguir entre los siguientes dos supuestos:

- Aquellos en los que se produce una coincidencia temporal en las comunicaciones entre las partes y el mediador, tal y como sería el supuesto de la videoconferencia o de una *conference call*. En este supuesto, los requisitos de garantía de identidad de los intervinientes se verían plenamente satisfechos al ser posible para las partes, de manera más sencilla, poder acreditarla sin necesidad de acudir a la utilización de procedimientos de firma electrónica que garanticen tanto la autenticidad (de las personas que participen en esas videoconferencias o *conference calls*) o de integridad (en relación

con las comunicaciones e informaciones que se intercambien durante ellas).

Lo anterior requiere, no obstante, un matiz relevante a la hora de acreditar efectivamente el acuerdo alcanzado entre las partes, en aquellos supuestos en los que aún no se ha otorgado escritura pública sobre el mismo⁶ y, por lo tanto, no tiene aún el carácter de título ejecutivo. Con el fin de poder acreditar el efectivo acuerdo alcanzado verbalmente, se podrán utilizar métodos como: (i) la grabación de la conversación telefónica o videoconferencia, siempre con respeto de las disposiciones contenidas en leyes como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y/o la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal («**LOPD**»), mediante la obtención del consentimiento expreso de los participantes en la misma (a través de un documento firmado previamente o siendo obtenido el mismo al inicio de la conversación o videoconferencia); o (ii) mediante la firma de un documento que contenga los principales puntos sobre las que las partes han manifestado su conformidad, con carácter previo a la adopción del acuerdo emitido por el mediador.

- Aquellos en los que no se produce una coincidencia temporal, al utilizarse métodos que permiten una posterior lectura y revisión, tales como el correo electrónico o la utilización de SMS o MMS. En este particular supuesto es donde soluciones como las propuestas por el artículo 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico («**LSSI**») alcanzan su máximo exponente. Así, el citado artículo prevé la intervención de los denominados «*terceros de confianza*» con el fin de dotar garantías frente a terceros de que las declaraciones de voluntad y acuerdos han sido correctamente adoptados por las partes: «*(...) las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar (...)*», y a su vez añade que «*(...) deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado (...)*».

Asimismo, cabe traer aquí a colación la necesidad de la utilización de métodos basados en firma electrónica reconocida, tal y como

⁶ Vid. artículo 23 de la Ley de Mediación.

está viene definida en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica («**Ley de Firma Electrónica**»).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley de Firma Electrónica, se entiende por firma electrónica reconocida la «*firma electrónica avanzada basada en un certificado electrónico reconocido generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma*».

A continuación, se analiza de manera separada cada uno de los conceptos incluidos dentro de la definición previamente señalada, con el fin de aportar elementos de interpretación suficientes:

- De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica, la firma electrónica avanzada ha de entenderse como todos aquellos datos electrónicos que permiten:
 - identificar al firmante;
 - detectar cualquier cambio ulterior de los datos (integridad); y
 - vincular al firmante de manera única a los datos a que se refiere (la firma electrónica avanzada tiene que ser creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control).
- Con respecto a los certificados electrónicos⁷ reconocidos, el artículo 11.1 de la Ley de Firma Electrónica establece que son certificados electrónicos expedidos por un prestador de servicios de certificación aquellos que cumplan con los requisitos establecidos en la citada Ley en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten.
- El artículo 24 de la Ley de Firma Electrónica define el dispositivo seguro de creación de firma («**DSCF**») como un dispositivo de creación de firma que ofrece al menos las siguientes garantías:
 - que los datos utilizados para la generación de firma pueden producirse sólo una vez y que asegura razonablemente su secreto;
 - que existe una seguridad razonable de que los datos utilizados para la generación de firma no pueden ser derivados de los de

⁷ El artículo 6.1 de la Ley de Firma Electrónica establece que «*un certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad*».

Rafael García del Poyo

verificación de firma o de la propia firma y de que la firma está protegida contra la falsificación con la tecnología existente en cada momento;

- que los datos de creación de firma pueden ser protegidos de forma fiable por el firmante contra su utilización por terceros; y
- que el dispositivo utilizado no altera los datos o el documento que deba firmarse ni impide que éste se muestre al firmante antes del proceso de firma.

Finalmente, es pertinente recordar que, en caso de impugnación sobre la validez de una firma electrónica reconocida empleada en un determinado documento electrónico (equivalente a la firma manuscrita), corresponderá a la parte que presente el citado documento electrónico la comprobación de que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido⁸.

b) *El respeto a los principios de mediación en el ámbito electrónico. Algunos apuntes prácticos*

(i) *Voluntariedad y libre disposición*⁹

La aplicación de este principio versa sobre la posibilidad de que las partes puedan someterse a un procedimiento de mediación electrónica, en virtud de una cláusula que pueda ser incluida a tal efecto en el contrato suscrito por las partes. No obstante, debe señalarse que, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el contrato, al tratarse de un procedimiento voluntario, cualquiera de las partes puede renunciar, en todo momento, a que este se produzca a través de medios electrónicos o, incluso, a que el mismo se lleve a cabo.

(ii) *Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores*

La aplicación de este principio resulta paradigmática en el supuesto de análisis que nos ocupa en el presente capítulo. El artículo 7 de la Ley de Mediación establece que «**en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades**, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados» (la negrita es nuestra). La garantía de que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades ha de entenderse extendida al es-

⁸ Vid. artículo 3.8 de la Ley de Firma Electrónica.

⁹ Vid. artículo 6 de la Ley de Mediación.

tablecimiento de los medios técnicos que sean empleados para llevar a cabo la mediación electrónica, esto es, no se podrán exigir requisitos técnicos en los sistemas sin el previo acuerdo de las partes y evitando, en todo caso, que los mismos puedan suponer un desembolso económico exagerado. A estos efectos, resultará interesante ver los diversos avances en esta materia, pudiendo ser tremendamente factible que los propios mediadores sean los que provean de una plataforma o de unos medios específicos a las partes (vinculados a unos estándares previamente aceptados y conocidos por las partes), que les permitan su participación y resolución de conflictos con pleno cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Mediación.

(iii) Confidencialidad

El artículo 9 de la Ley de Mediación establece en su apartado primero que *«el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento»*.

Dos son los principales problemas que surgen a raíz de lo dispuesto por la citada previsión y que se centran en cuáles son las medidas a adoptar por partes de los distintos actores de la mediación para garantizar la confidencialidad, así como el modo en qué los mismos darán pleno cumplimiento a las disposiciones de la LOPD.

En relación con la confidencialidad de la información, el mediador, las instituciones de mediación y las partes deberán implementar una serie de procedimientos técnicos y/o medidas de seguridad que únicamente permitan acceder a la precitada información a las personas necesarias para el desarrollo y ejecución del procedimiento de mediación.

Como en otros puntos anteriormente analizados, la Ley de Mediación no establece específicamente los métodos y/o procedimientos que han de ser adoptados para garantizar la confidencialidad, por lo que puede surgir la duda perfectamente lícita de conocer la forma precisa de cumplir con los citados requisitos.

La utilización de medios tecnológicos en la mediación exige que hayan de adoptarse tanto medidas a nivel físico (en las propias instalaciones) como lógicas (a nivel de los equipos en lo que se alma-

cena la información y redes de telecomunicaciones) que eviten un acceso no autorizado por parte de terceros (*i.e.*, cifrado de las comunicaciones efectuadas mediante videoconferencia o *conference call*). Para la determinación de los precitados medios habrá que acudir, entre otros, a alguno de los tres siguientes criterios:

- A los denominados «*state of the art*» o «*state of the technology available*» en el mundo anglosajón, es decir, a que se adopten las medidas técnicas y procedimentales que, en cada momento, se encuentren en la industria tecnológica y que garanticen los más altos estándares de confidencialidad.
- Al establecimiento de medidas de seguridad derivadas de estándares internacionales, obteniendo la correspondiente certificación por parte de la autoridad competente. Véase, por ejemplo, el cumplimiento con el estándar UNE-ISO/IEC 27001:2007 [Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información (SGSI). Requisitos. (ISO/IEC 27001:2005)], que puede ser obtenido en España a través de entidades de certificación como AENOR¹⁰.
- A la adopción de las medidas de seguridad dispuestas por el artículo 9 del LOPD y el Título VIII del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD («**RLOPD**»)¹¹. En este último supuesto, ha de entenderse que estas no supondrán un esfuerzo desproporcionado para los distintos actores del procedimiento de mediación, al resultar estas medidas de aplicación para cualquier tratamiento de datos que se efectúe en el marco de la actividad empresarial, debiendo, teóricamente, ya estar implementadas. Nótese en este punto que el tratamiento de determinados datos de carácter personal (*i.e.*, datos especialmente protegidos, como los datos de salud) que se producen en las empresas exigen la adopción de medidas de seguridad de nivel medio y alto¹².

¹⁰ Siglas de la Asociación Española de Normalización y Certificación.

¹¹ Téngase asimismo en cuenta el artículo 10 de la LOPD, que establece que «*el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo*».

¹² Para la determinación de la aplicación de los niveles de seguridad, dependiendo de la tipología de datos, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 81 del RLOPD.

Íntimamente relacionadas con la cuestión de la confidencialidad están las obligaciones derivadas del tratamiento de datos de carácter personal en el marco del procedimiento de mediación. El citado tratamiento se produce, entre otros, en los supuestos que a continuación describimos:

- Como consecuencia de la documentación intercambiada, la cual puede contener datos de carácter personal, incluso de terceros ajenos al procedimiento de mediación o de empleados de cualquiera de las partes del mismo.
- En relación con los datos de carácter personal de las personas físicas participantes en el procedimiento de mediación, como representantes de las empresas que son partes en ella.

Especial incidencia a los efectos de determinar las obligaciones en materia de protección de datos (en particular, el cumplimiento con el deber de información y de obtención del consentimiento) tiene la posible aplicación de los supuestos contenidos en el artículo 2 del RLOPD.

En particular, el artículo 2.2 del RLOPD establece que el Reglamento *«no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales»*. Debe entenderse que en supuestos como en el que nos encontramos, de mediación en un ámbito B2B, será habitual la aplicación de dicha excepción.

Otras cuestiones relevantes en materia de protección de datos y que no son objeto de análisis en el presente trabajo se refieren al cumplimiento de las obligaciones dispuestas por la LOPD y el RLOPD cuando se tratan datos de carácter personal de terceros ajenos al procedimiento de mediación, el posible rol del mediador como responsable del fichero o las medidas de seguridad específicas y su implementación práctica por parte de todos los participantes en la mediación.

En otro orden de cosas, han de traerse a colación las posibles consecuencias de la vulneración del deber de confidencialidad, más aún cuando la Ley de Mediación no se pronuncia en dicho sentido, salvo en la referencia genérica incluida en el artículo 9, apartado 3: *«la in-*

Rafael García del Poyo

fracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico».

A continuación, se reflejan, a modo de resumen, algunos ejemplos de riesgos y sanciones que pueden verse impuestos como consecuencia de la precitada vulneración y que están vinculados con el mundo de las tecnologías de la información:

- El incumplimiento del deber de confidencialidad puede configurarse como una vulneración del deber de secreto o un incumplimiento de la adopción de las medidas de seguridad exigibles por la LOPD. Ambas son consideradas infracciones graves por la LOPD, sancionables con multas de entre 40.001 y 300.000 euros¹³.
- Podría dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios, por vía civil o, incluso, podría tener repercusiones en el ámbito penal, dependiendo de la tipología de información sobre la que no se hubiera mantenido el deber de confidencialidad y los usos que se hubieran llevado a cabo con dicha información.

Para concluir el análisis de la presente cuestión cabe traer a colación que la propia Ley de Mediación en su artículo 9, apartado segundo, entiende que no se produce vulneración de la obligación de confidencialidad en los siguientes supuestos:

- 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».*

4. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

La Ley de Mediación deja una serie de cuestiones abiertas a múltiples interpretaciones en el mundo de la mediación electrónica que habrán de ser delimitadas en un futuro no muy lejano, con pleno respeto del principio de la flexibilidad en torno al cual gira todo el sentido y esencia del procedimiento:

¹³ Vid. artículo 44.3.d) y 44.3.h) de la LOPD.

- **La cuantía.** El artículo 24.2 de la Ley de Mediación establece que cuando *«la mediación... consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes»*. El primer problema que nos encontramos en la interpretación del artículo (y que ha sido objeto de discusiones desde su aprobación¹⁴) radica en los dos puntos siguientes:
- Si la reclamación no excede de 600 euros, puede desprenderse que la voluntad del legislador es que se utilice de manera preferente la mediación electrónica, con el fin de ganar en inmediatez y ahorro de costes.
 - Sin embargo, si la reclamación excede de 600 euros, ¿se puede llevar a cabo igualmente el procedimiento de mediación a través de medios electrónicos o, por el contrario, la voluntad del legislador es que dada la complejidad y consideración de la cuantía se realice de modo presencial? La interpretación en este punto es complicada, si bien en virtud del principio de la flexibilidad, así como en atención al espíritu que le ha pretendido dotar el legislador, una respuesta afirmativa podría resultar, a falta de una mayor concreción y uso a nivel práctico, la más coherente.
- **El nombramiento del mediador.** El artículo 16 de la Ley de Mediación establece las distintas alternativas para iniciar el procedimiento de mediación y para nombrar al mediador o a la institución de mediación. No obstante, no se ha previsto el modo y la forma en que dicho inicio y el nombramiento se podrían realizar por medios electrónicos. ¿Podría considerarse que un intercambio de correos entre las partes y la posterior información al mediador o a la institución de mediación podrían ser suficientes? Ha de entenderse que resultaría extraña la aceptación de un simple intercambio de correos, sin acreditación de la identidad de los remitentes y de autenticidad de su contenido (véase, por ejemplo, las implicaciones que ello podría suponer en el marco de un procedimiento en la jurisdicción civil a efectos de prueba)¹⁵. Para evitar este tipo de problemas, sería recomendable la utilización de terceros de confianza, en el sentido de lo apuntado por el artículo 25 de la LSSI, tal y como hemos

¹⁴ Vid. artículo publicado en <www.diariojuridico.com>, el 21 de agosto de 2012, titulado «La mediación electrónica, una oportunidad ahora al alcance de todos, sus claves para que funcione», por Franco CONFORTI, del que parece desprenderse la imposibilidad de poder llevar a cabo mediaciones electrónicas por cuantías inferiores a 600 euros.

¹⁵ Vid. artículos 326.3 y 382 a 384 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Rafael García del Poyo

señalado con anterioridad en el apartado 3 del presente capítulo, para subsanar o minimizar los riesgos derivados de la utilización de este tipo de mecanismos.

Asimismo, podría aportar garantías y facilidad en el inicio del procedimiento el hecho de que sean el propio mediador o la institución de mediación los que establezcan procedimientos técnicos internos (así como herramientas informáticas) en los que se describan los métodos electrónicos mediante los que consideran válida su designación, así como que se establezcan reglamentos específicos (al estilo de las cortes de arbitraje) que regulen y disipen dudas sobre el inicio y desarrollo del procedimiento.

- **Accesibilidad.** La Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Mediación establece que *«los medios electrónicos a los que se refiere el artículo 24 de esta Ley deberán atenerse a las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico»*. No obstante, la Disposición Adicional Quinta de la LSSI no describe con detalle cuáles son las medidas que han de adoptarse para facilitar la accesibilidad a personas con discapacidad, por lo que entendemos que deberá acudirse a estándares del mercado establecidos al efecto, dado que, de otro modo, podría resultar difícil delimitar dichas condiciones¹⁶.
- **Acuerdo de mediación¹⁷ y formalización del título ejecutivo¹⁸.** El acuerdo de mediación puede ser adoptado por medios electrónicos, si bien este deberá ser firmado mediante la utilización de sistemas de firma electrónica reconocida que garanticen la autenticidad e integridad del contenido, así como la identificación de los firmantes. En cuanto a la elevación a público del acuerdo firmado electrónicamente, no debería suponer ningún problema, si bien dependerá de los requisitos que el Notario correspondiente pudiera exigir para aceptar su validez

¹⁶ El Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado, al que también hace referencia la Disposición Adicional Cuarta, se centra principalmente en las medidas de accesibilidad a nivel físico o presencial, no sirviendo por tanto para delimitar dichos requisitos.

¹⁷ Vid. artículo 23 de la Ley de Mediación.

¹⁸ Vid. artículo 25 de la Ley de Mediación.

5. OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. EL ARBITRAJE ELECTRÓNICO

Tal y como hemos señalado a lo largo del presente trabajo, el crecimiento de la contratación electrónica y el desarrollo de prácticas de e-commerce requieren el establecimiento de medios eficaces de resolución de conflictos que funcionen de manera consecuyente con la celeridad buscada por las partes a la hora de recurrir a las precitadas prácticas. A este respecto, cabe traer a colación, a modo de referencia, un método más ampliamente implementado de este tipo de medios de resolución de conflictos, como es el arbitraje *on line* en materia de consumo.

La LSSI prevé en su artículo 32 la opción de que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información puedan someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, así como a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. Así mismo, añade que *«en los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica»*.

Asimismo, el arbitraje *on line* otorga la posibilidad de que una empresa radicada en un Estado Miembro pueda llevar a cabo un arbitraje sobre una disputa entre empresas localizadas en terceros países gracias al denominado *Online Dispute Resolution* (ODR en su acrónimo en inglés). En el momento actual, existen más de medio centenar de proveedores de servicios ODR, como por ejemplo: el Cibertribunal peruano, The Virtual Magistrate, TRUSTe, The Claim Room, The Mediation Room, ODR.NL, Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR) o Eurochambers.

En el ámbito nacional, podemos destacar la iniciativa de las empresas de comercio electrónico de Andalucía de crear un tribunal arbitral a través de una de las asociaciones que representa a este sector en esa comunidad autónoma, la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico (ANDCE).

En principio, el tribunal arbitral tendría un carácter externo e independiente de la asociación, de forma que nombraría a unos árbitros imparciales que serán quienes diriman los posibles conflictos entre empresas. ANDCE pretende igualmente que este tribunal resuelva conflictos con consumidores.

Finalmente, conviene destacar que la denominada Resolución Electrónica de Controversias (REC) ha tenido un considerable desarrollo a lo largo de los últimos años debido a las numerosas ventajas que ofrecen estos sistemas

Rafael García del Poyo

frente a los mecanismos habituales de resolución de conflictos (jurisdicción ordinaria) y que ya han sido analizados en detalle con anterioridad para supuestos como el de la mediación.

6. CONCLUSIONES

Mediante la Ley de Mediación, el legislador ha venido a dotar de mayor relevancia y de un marco jurídico a la mediación electrónica, antes inexistente en nuestro ordenamiento. No obstante, es necesaria una profunda revisión de toda la normativa conexas y sectorial que pueda verse afectada por esta regulación, dado que pueden producirse contradicciones como las existentes con el régimen del artículo 32 de la LSSI. La precitada norma regula la opción de que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información puedan someter sus conflictos a los arbitrajes previstos no sólo en la legislación de arbitraje, sino incluso en la normativa aplicable en materia de defensa de los consumidores y usuarios, *así como a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación*. Es esta última mención incluida en la norma la que lleva a una contradicción clara, como es que aquellos actores del tráfico mercantil (en relaciones B2B) sometidos a la aplicación de la LSSI no podrían acudir a las soluciones dispuestas por la Ley de Mediación, cuestión ésta que parece «descabellada», al no establecerse este procedimiento mediante códigos de conducta u otros medios de autorregulación.

El verdadero problema que nos encontramos a la hora de profundizar en el tema radica en la inexistencia de una legislación internacional sobre la materia lo suficientemente desarrollada como para servir de verdadera ayuda a la hora de resolver las controversias surgidas en el ámbito de las TIC y, en especial, del comercio electrónico de una manera armonizada.

La mediación electrónica posee una serie de limitaciones que no debemos descuidar, como son, entre otras, la validez jurídica y las consecuencias de las notificaciones realizadas entre las partes y los mediadores, la admisión de diferentes medios probatorios, la determinación de la sede de celebración, las lenguas utilizadas en el proceso o el propio reconocimiento y la posterior ejecución de los acuerdos alcanzados en caso de un potencial —y poco probable— incumplimiento, debido a que todas las mencionadas «limitaciones» deben ser contempladas y tamizadas a través del filtro que aporta un mecanismo de resolución de conflictos —la mediación— cuya esencia radica en la aceptación voluntaria y/o contractual por las partes intervinientes.

Desafortunadamente, la nueva Ley de Mediación no introduce destacables novedades sobre esta materia, ya que se ha limitado a admitir la posibilidad de que la mediación se produzca por medios electrónicos, pero no ha establecido los requisitos técnicos mínimos que garanticen los principios de la mediación.

En virtud de cuanto antecede, deberá esperarse a la evolución de los mecanismos de mediación electrónica, una vez que estos sean puestos en práctica, así como a la eficacia y la confianza de que tanto las empresas tecnológicas como cualquier otro operador económico encuentren en este método alternativo de resolución de conflictos para valorar su éxito y para dirimir, de manera más clara, las cuestiones que han sido señaladas con anterioridad.

Finalmente, sería recomendable el establecimiento de un registro electrónico de mediadores en término similares a los de la «ventanilla única», a los efectos de facilitar a las partes que se quieran someter a un procedimiento de mediación la identificación y contacto con él, con carácter previo.